Heft 46 [2873] 66. Jahrgang 13. November 1937

Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NS. Rechtswahrer-Bundes
Herausgegeben von dem Reichsgruppenwalter Rechtsanwälte Dr. H. Droege

Der Rückgriffsanspruch des Dienstherrn im neuen deutschen Beamtenrecht

A.

Von Amts- und Landrichter Dr. Rothe, Naumburg (Saale)

Wenn ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt durch schuldhafte Amtspflichtverletzung einem Dritten Schaden zufügt, so haftet dafür nicht der Beamte selbst, sondern an seiner Stelle das Gemeinwesen, in dessen Diensten er steht (sein „Dienstherr"). Nach außen, dem geschädigten Dritten gegenüber, trägt allein der Dienstherr die Verantwortung. Damit ist aber nicht gesagt, daß der Schaden endgültig auf dem Dienstherrn lasten bleibt. Dieser kann sich unter Umständen, nachdem er dem Dritten Schadensersatz geleistet hat, seinerseits an den Beamten halten und von ihm das, was er an den Dritten hat zahlen müssen, wieder erstattet verlangen („Rückgriffsanspruch" des Dienstherrn). Ob im einzelnen Fall ein solcher Rückgriffsanspruch besteht, ergibt sich aus dem Beamtenverhältnis; denn dieses bildet die Grundlage für alle rechtlichen Beziehungen zwischen dem Beamten und seinem Dienstherrn. Das Beamtenverhältnis ist nunmehr durch das Deutsche Beamtengesetz (DBG.) v. 26. Jan. 1937 (RGBl. I, 39), das am 1. Juli 1937 in Kraft getreten ist, für sämtliche deutschen Beamten neu und einheitlich geregelt worden. Das Gesetz befaßt sich auch mit dem Rückgriffsrecht des Dienstherrn und bringt darüber Bestimmungen, die von dem bisherigen Rechtszustand nicht unerheblich abweichen.

I.

Die wichtigste der neuen Vorschriften ist der § 23 Abs. 2 DBG.:

„Hat der Dienstherr einem anderen Schadensersatz geleistet, weil ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt seine Amtspflicht verletzt hat, so hat der Beamte dem Dienstherrn den Schaden nur insoweit zu ersetzen, als ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt[1])."

Die Rückgriffshaftung ist durch diese Bestimmung gegenüber den früheren Vorschriften wesentlich eingeschränkt worden. Der Beamte haftet seinem Dienstherrn jetzt nicht mehr schlechthin, sondern es hängt jeweils von dem Grade seines Verschuldens ab, ob er ersatzpflichtig ist oder nicht.

1. Vor dem Inkrafttreten des DBG. gab es — von einer noch zu erörternden Ausnahme abgesehen — eine solche Abstufung nicht. Auf den Grad des Verschuldens kam es bisher überhaupt nicht an. Der Beamte haftete für jedes Verschulden; auch bei nur ganz geringer Fahrlässigkeit war er gleichwohl seinem Dienstherrn wegen des gesamten Schadens ersatzpflichtig. So bestimmte z. B. § 3 des preußischen Gesetzes über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen bei Ausübung der öffentlichen Gewalt v. 1. Aug. 1909 (GS. 691), daß der Staat, wenn er wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Amtspflichtverletzung eines seiner Beamten mit Erfolg in Anspruch genommen worden sei, seinerseits von dem Beamten Schadensersatz verlangen könne. Inhaltlich damit übereinstimmende Vorschriften enthielten die Staatshaftungsgesetze der meisten übrigen deutschen Länder (vgl. etwa § 2 des anhaltischen Gesetzes Nr. 1304 v. 2. April 1910[2]). Das gleiche galt schließlich auf Grund des § 2 des Gesetzes über die Haftung des Reichs für seine Beamten v. 22. Mai 1910 (RGBl. 798) auch hinsichtlich der Reichsbeamten.

Eine Ausnahme gab es allerdings auf dem Gebiete des Grundbuchrechts. Art. 8 PrAusfG. zur GBO. v. 26. Sept. 1899 (GS. 307) bestimmte nämlich, daß ein Grundbuchbeamter dem Staate gegenüber nach Maßgabe des § 839 BGB. nur dann verantwortlich sei, wenn er die ihm obliegende Amtspflicht „vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit" verletzt hatte. Für leichtfahrlässige Amtspflichtverletzungen hafteten somit die Grundbuchbeamten in Preußen nicht. Dies wurde, als die Rechtspflege von den Ländern auf das Reich überging, mit Wirkung v. 1. April 1935 auf alle deutschen Grundbuchbeamten ausgedehnt (§ 2 VO. über die Haftung des Reichs für die Justizbeamten v. 3. Mai 1935 [RGBl. I, 587]: „Von einem Grundbuchbeamten kann das Reich Ersatz ... nur verlangen, wenn die Amtspflichtverletzung auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruht"). Die Grundbuchbeamten waren also hinsichtlich der Rückgriffshaftung besser gestellt als alle anderen Beamtengattungen. Der Grund hierfür ist seiner Zeit die Erwägung gewesen, im Grundbuchverkehr sei die Gefahr, daß ein Beamtenversehen zu Schädigungen Dritter führe, größer als auf anderen Rechtsgebieten[3]); könne aber der Grundbuchbeamte wegen jedes Versehens in Anspruch genommen werden, so wäre die Folge davon eine übertriebene Ängstlichkeit und die häufige Zurückweisung von Anträgen; eine allzu straffe Handhabung des staatlichen Rückgriffsrechts würde daher nicht nur dem Grundbuchbeamten selbst, sondern im Ergebnis auch den Rechtsuchenden nachteilig sein[4]).

Da die Grundbuchbeamten somit bereits seit dem 1. Jan. 1900 (Inkrafttreten der GBO.) die bevorzugte Stellung gegenüber Rückgriffsansprüchen eingenommen haben, die seit dem 1. Juli 1937 (Inkrafttreten des DBG.) alle deutschen Beamten genießen, kann man den Art. 8 PrAusfG. zur GBO. als den Vorläufer des jetzt geltenden § 23 Abs. 2 DBG. bezeichnen. Diese Feststellung ist um so bemerkenswerter, als gerade das Grundbuchrecht sich auch schon bei der Haftung nach außen, dem geschädigten Dritten gegenüber, als Schrittmacher der Rechtsfortbildung erwiesen hat: Der uns heute selbstverständlich erscheinende Grundsatz, daß für Amtspflichtverletzungen im Sinne von § 839 BGB. nicht der

[1]) In der gleichen Weise ist jetzt auch die Rückgriffshaftung der Soldaten geregelt; vgl. Reichsgesetz v. 7. April 1937 (RGBl. I, 443).

[2]) Heinze, „Sammlung Anhaltischer Gesetze und Verordnungen", Dessau 1926, S. 214. — Eine Aufzählung der Staatshaftungsgesetze der einzelnen deutschen Länder findet sich bei Meyer, „Staatsrecht", 7. Aufl., S. 612 Anm. b.

[3]) Güthe-Triebel, 5. Aufl., Anm. 1 zu § 12 GBO. (S. 174).

[4]) Güthe-Triebel, Anm. 1 zu Art. 8 PrAusfG. z. GBO. (S. 1423).

schuldige Beamte persönlich, sondern an seiner Stelle der Dienstherr des Beamten hafte, ist nämlich erstmalig auf dem Gebiete des Grundbuchrechts aufgestellt worden. § 12 (a. F.) GBO. v. 24. März 1897 bestimmte, daß bei schuldhaften Amtspflichtverletzungen eines Grundbuchbeamten die Verantwortlichkeit den Beteiligten gegenüber an Stelle des Beamten den Staat treffe. Auf allen anderen Rechtsgebieten gab es etwas Derartiges damals noch nicht; dort war der Beamte selbst dem geschädigten Dritten unmittelbar haftbar. Die Verantwortlichkeit des Dienstherrn auch für alle übrigen Beamtengattungen wurde erst ein reichliches Jahrzehnt später eingeführt (Preußisches Gesetz v. 1. Aug. 1909 und — ihm folgend — das Reichsgesetz v. 22. Mai 1910 sowie die Haftungsgesetze der übrigen deutschen Länder)[5].

2. Die neue Regelung des § 23 Abs. 2 DBG., wonach nunmehr nicht nur den Grundbuchbeamten, sondern allen Beamten gegenüber der Rückgriff lediglich bei vorsätzlichem oder grobfahrlässigem Handeln zulässig ist, bedeutet einen begrüßenswerten Fortschritt. Der bisherige Rechtszustand war in mehrfacher Hinsicht unbefriedigend. Über dem Haupte des Beamten schwebte ständig wie ein Damoklesschwert die Gefahr, wegen eines geringfügigen Versehens, wie es auch sorgfältigen und gründlichen Leuten einmal unterlaufen kann, sich plötzlich einem in die Tausende gehenden Rückgriffsanspruch ausgesetzt zu sehen. Diese Gefahr bestand, da die Folgen von Amtspflichtverletzungen bisweilen erst viel später in Erscheinung treten, noch nach Jahren oder gar Jahrzehnten. Der Beamte konnte eigentlich seines Lebens niemals ganz froh werden; noch im Ruhestande mußte er mit der Möglichkeit rechnen, aus Anlaß irgendeiner lange Jahre zurückliegenden Amtshandlung in einer längst vergessenen Sache auf einmal von seinem früheren Dienstherrn wegen leichtfahrlässiger Amtspflichtverletzung in Anspruch genommen zu werden. Die Gefahr, durch geringfügige Unachtsamkeiten einem anderen Schaden zuzufügen, besteht nicht etwa allein oder vorwiegend für Grundbuchbeamte. Auch andere Beamtengattungen sind ihr in kaum geringerem Maße ausgesetzt. So z. B. der Polizeibeamte, dessen Beruf nur zu häufig ein rasch entschlossenes und tatkräftiges Handeln ohne Möglichkeit vorherigen Überlegens erfordert[6], oder der Gerichtsvollzieher; dasselbe gilt für die Tätigkeit des Vormundschaftsrichters oder gar die des Zwangsversteigerungsrichters. Die fortwährende Drohung, auch wegen leichtfahrlässiger Amtspflichtverletzungen zur Verantwortung gezogen zu werden und für etwaige Schäden im vollen Umfange aufkommen zu müssen, bedeutete gerade für die gewissenhafteren und sorgfältigeren unter den Beamten eine nicht unerhebliche seelische Belastung. Sie führte, wie die Väter des PrAusfG. z. GBO. richtig erkannt haben, leicht zu übertriebener Ängstlichkeit und Peinlichkeit und wirkte sich damit letzten Endes auch zum Nachteil der Rechtsuchenden aus.

Noch weniger erfreulich war der bisherige Rechtszustand für den Dienstherrn. Er bedarf zur Erfüllung seiner Aufgaben einer entschlossenen und tatkräftigen Beamtenschaft. Nicht allein Gewissenhaftigkeit und gediegene Fachkenntnisse machen den Wert des Beamten aus. Ebenso wichtig bei Ausübung öffentlicher Gewalt sind Entschlußkraft, eine frisch zupackende Art und die zielsichere und unbeirrbare Durchführung des einmal eingeschlagenen Weges. Gerade diese Eigenschaften jedoch wurden durch die bisherigen Haftungsbestimmungen verkümmert. Die ständig drohende Rückgriffsgefahr lähmte die Entschlußfreudigkeit des Beamten und erzog ihn zu Bedenklichkeit, Formalismus und zauderndem, unentschlossenem Hin- und Herschwanken. Daß dies für den Dienstherrn, dessen Aufgaben der Beamte wahrzunehmen hatte, kein Gewinn war, bedarf keiner Erörterung. Durchaus abträglich für das Ansehen des Dienstherrn war auch die bisweilen zu beobachtende unwürdige Erscheinung, daß skrupellose Beteiligte den Beamten (etwa den Zwangsversteigerungsrichter) durch Androhung eines „Regresses" in seiner Entscheidung zu beeinflussen und „unter Druck zu setzen" versuchten. Die durch § 23 Abs. 2 DBG. geschaffene Einschränkung der Rückgriffshaftung wird sich hier segensreich auswirken. „Der Beamte soll" — so heißt es in der amtlichen Begründung[7] — „in Lagen, die schnellen Entschluß und schnelles Handeln fordern, in seiner Entschlußfähigkeit nicht dadurch gehemmt werden, daß er sich von Erwägungen über seine etwaige Haftung beeinflussen läßt[8]."

Auch für den Dienstvorgesetzten, der für die Durchführung des Rückgriffs zuständig ist[9], hatte die bisherige Regelung manches Unbefriedigende. Es ist vielfach nicht bekannt, daß es keineswegs im Belieben der Rückgriffsbehörde steht, ob sie gegen den schuldigen Beamten vorgehen oder von dem Rückgriff Abstand nehmen will. Besteht ein Anspruch, so muß er nach den maßgebenden haushaltsrechtlichen Vorschriften auch geltend gemacht werden; zum mindesten dann, wenn das Reich unmittelbarer Dienstherr des Beamten ist. Von der Geltendmachung eines dem Reich erwachsenen Rückgriffsanspruches kann nur dann abgesehen werden, wenn er von dem zuständigen Reichsminister gemäß § 54 ReichshaushaltsO. (i. d. Fass. des Ges. v. 17. Juni 1936 [RGBl. II, 209]) niedergeschlagen wird[10]; zu der Niederschlagung bedarf es in der Regel der Zustimmung des Reichsministers der Finanzen. Bei Beamten der Reichsjustizverwaltung pflegt der Reichsminister der Justiz eine etwaige Niederschlagung des Rückgriffsanspruchs aus Billigkeitsgründen, wie sie häufig seitens der Beamten erbeten wird, frühestens dann in Erwägung zu ziehen, wenn der Ersatzpflichtige zuvor der Reichskasse wenigstens einen angemessenen Teil des Schadens erstattet hat[11]; in anderen Verwaltungszweigen werden ähnliche Grundsätze bestehen. Da aber der bisherige Rechtszustand nicht nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, sondern bei jedem Verschulden einen Rückgriffsanspruch entstehen ließ, war der Dienstvorgesetzte nicht selten gezwungen, seine Beamten wegen ganz geringfügiger Versehen zur Verantwortung zu ziehen. Diese Notwendigkeit wurde oftmals von den Beteiligten — einschließlich des den Rückgriff durchführenden Dienstvorgesetzten — als ausgesprochene Härte empfunden, z. B. wenn es sich um einen mit Dienstgeschäften stark belasteten großstädtischen Richter oder Rechtspfleger handelte. Besonders unerfreulich wirkte sich hier die bisweilen zu beobachtende Neigung mancher Gerichte aus, bei Rechtsstreitigkeiten, die ein durch Beamtenversehen geschädigter Dritter gegen den Dienstherrn des Beamten — den sog. „Fiskus" — führt, an die Sorgfaltspflicht des betreffenden Beamten einen übertrieben strengen Maßstab anzulegen und damit die Verschuldenshaftung des „Fiskus" praktisch zur Gefährdungshaftung auszuweiten („in dubio contra fiscum")[12]; denn der Beamte, dem in dem Rechtsstreit zwischen dem Geschädigten und dem Dienstherrn seitens des letzteren der Streit verkündet worden war, mußte dann später im Rückgriffsverfahren die in dem Urteil ge-

[5]) Nach Meißner („Das Staatsrecht des Reichs und seiner Länder", 2. Aufl., 1923, S. 283) ist in manchen deutschen Ländern (z. B. Sachsen) der Zustand, daß der Beamte dem Geschädigten unmittelbar haftete, sogar erst durch Art. 131 WeimVerf. beseitigt worden.

[6]) Amtl. Begründung z. DBG., zu Abschnitt III letzter Absatz.

[7]) a. a. O. (Anm. 6).

[8]) Vgl. auch Ruppert: DJ. 1937, 307. Ferner die ähnlichen Erwägungen in der amtlichen Erläuterung zu dem Gesetz über die Beschränkung der Rückgriffshaftung der Soldaten (DJ. 1937, 646).

[9]) Bei Justizbeamten sind dies der Oberlandesgerichtspräsident und der Generalstaatsanwalt, jeder für die Beamten seines Geschäftsbereichs (Rundverfügung des RJM. v. 15. Juli 1937, 3431 — VIa[5] 730).

[10]) Daneben kommt, wenn der Anspruch aus tatsächlichen Gründen uneinziehbar ist, noch die Vorschrift des § 67 der Reichswirtschaftsbestimmungen v. 11. Febr. 1929 in Betracht. Vgl. auch Nr. 51 Abs. 2 der Vollzugsbestimmungen zu den Reichswirtschaftsbestimmungen für den Geschäftsbereich der Reichsjustizverwaltung.

[11]) Ziffer IV der Rundverfügung v. 15. Juli 1937 (vgl. Anm. 9.)

[12]) Vgl. Rothe, „Schadensersatzanspruch und Gemeinschaftsgedanke": JW. 1937, 1449 (1452).

troffene Feststellung, daß er eine schuldhafte Amtspflichtverletzung begangen habe, gemäß §§ 74 Abs. 3, 68 ZPO. als verbindlich gegen sich gelten lassen, und der zuständige Dienstvorgesetzte war demgemäß genötigt, gegen ihn, obgleich ein Verschulden in Wirklichkeit nicht vorlag, den Rückgriff durchzuführen. Abgesehen von solchen besonders krassen Fällen haftete aber auch sonst dem Rückgriff wegen nur leichtfahrlässiger Amtspflichtverletzung regelmäßig eine gewisse Unbilligkeit an. Es war nun einmal nicht recht vereinbar mit dem das Beamtenverhältnis beherrschenden Grundsatz wechselseitiger Treue, wenn der Dienstherr ein ganz geringfügiges Versehen zum Anlaß nehmen mußte, gegen Beamte, die seiner Fürsorge anvertraut waren, vorzugehen und durch Einbehaltung eines Teiles ihrer Dienstbezüge, deren sie zu einer angemessenen Lebenshaltung bedurften, ihnen und ihren Angehörigen wirtschaftliche Entbehrungen aufzuerlegen. Manchmal war der Beamte, als er die leichtfahrlässige Amtspflichtverletzung beging, gar ohne Entgelt — etwa als unbesoldeter Assessor — tätig gewesen; der Staat hatte also seine Arbeitskraft in Anspruch genommen, ohne ihm die Möglichkeit zu bieten, sich durch Abschluß einer Haftpflichtversicherung gegen etwaige Ersatzansprüche zu sichern; auch in einem solchen Falle mußte früher Rückgriff genommen werden, zum mindesten in Höhe eines angemessenen Teiles des entstandenen Schadens.

II.

An die Stelle einer Regelung, die zu so unerfreulichen Auswirkungen führte, ist jetzt also die Vorschrift des § 23 Abs. 2 DBG. getreten, wonach die Beamten nur noch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einzustehen haben.

1. An der Haftung des Dienstherrn hat sich dadurch nichts geändert. Nach außen, dem geschädigten Dritten gegenüber, haftet die Körperschaft, in deren Diensten der betreffende Beamte steht, nach wie vor für jedes Verschulden des Beamten. Das ergibt sich aus den bereits erwähnten verschiedenen Haftungsgesetzen, die insoweit unverändert fortgelten (z. B. § 1 PrGes. v. 1. Aug. 1909). Ist das Reich der unmittelbare Dienstherr des Beamten, so folgt die Haftung für jedes Verschulden aus § 1 RGes. v. 22. Mai 1910 (i. d. Fass. des § 4 des Ges. v. 30. Juni 1933 [RGBl. I, 433]), einer Vorschrift, die übrigens seit dem nationalsozialistischen Umbruch und dem Übergang zahlreicher hoheitlicher Aufgaben von den Ländern auf das Reich an Bedeutung gewonnen und deren Anwendungsbereich sich erheblich vergrößert hat. Die genannte Vorschrift ist z. B. seit dem 1. April 1935 auch die gesetzliche Grundlage für die Haftung des Reichs bei Verfehlungen von Justizbeamten, allerdings nur für Amtspflichtverletzungen, die nach diesem Zeitpunkt begangen sind; sind sie vor dem 1. April 1935 begangen, so sind die bisherigen Vorschriften (Haftungsgesetz des betreffenden Landes oder Art. 131 WeimVerf.) mit der Maßgabe anzuwenden, daß an die Stelle des Landes jetzt das Reich getreten ist (§§ 1, 6 VO. v. 3. Mai 1935).

Die Haftung im Außenverhältnis ist also heute anders geregelt als die im Innenverhältnis: nach außen muß der Dienstherr für jedes Verschulden seines Beamten einstehen; Rückgriff nehmen kann er gegen diesen Beamten jedoch nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit. Früher gingen, wenn es sich nicht zufällig um eine Grundbuchangelegenheit handelte, Verantwortlichkeit nach außen und Rückgriff Hand in Hand; haftete der Dienstherr einem Dritten, so hatte er damit zwangsläufig auch einen Ersatzanspruch gegen den schuldigen Beamten. Bei der heutigen Verschiedenheit der Haftungsmaßstäbe ist das nicht mehr der Fall. Der Dienstherr kann Schäden, die ihm durch Ersatzleistungen an Dritte entstanden sind, nur noch unter besonderen Voraussetzungen im Rückgriffswege von sich abwälzen. In allen Fällen, in denen der Beamte leichtfahrlässig gehandelt hat — und das dürften die zahlenmäßig überwiegenden sein —, kommt eine Abwälzung des Schadens nicht mehr in Betracht.

Die Lage des Dienstherrn hat sich somit verschlechtert. Er muß jetzt in zahlreichen Fällen Ersatz leisten, ohne einen Rückgriffsanspruch zu haben, und der Schaden bleibt endgültig auf ihm lasten. Die dadurch geschaffene Mehrbelastung ist allerdings nicht ganz so groß, wie es zunächst scheinen könnte. Auch früher schon war gerade bei größeren Schäden meistens der Dienstherr der Leidtragende. Denn wenn der rückgriffspflichtige Beamte nicht etwa gegen Haftpflicht versichert war, scheiterte die glatte Durchführung des Rückgriffs gegen ihn in der Regel an seiner Vermögenslosigkeit. Der Beamte hatte lediglich sein schmales Diensteinkommen, und durch Abzüge davon ließ der Schaden sich nur sehr allmählich und bei hohen Schadenssummen auch lediglich zu einem Bruchteil tilgen. Der Rückgriffsanspruch hatte daher nicht immer großen praktischen Wert. Aber trotzdem bleibt demgegenüber die neue Regelung, die für zahlreiche Fälle schon von vornherein jegliche Rückgriffsmöglichkeit abschneidet, eine Schlechterstellung des Dienstherrn.

Da der Dienstherr stets ein Gemeinwesen — oftmals sogar das umfassendste Gemeinwesen, nämlich das Deutsche Reich — ist, trifft ein dem Dienstherrn zugefügter Schaden in Wirklichkeit die Gemeinschaft der Volksgenossen, aus denen sich das geschädigte Gemeinwesen zusammensetzt. Muß das Reich Schadensersatz leisten, so wird damit ein Betrag, der eigentlich den Gesamtzwecken der Volksgemeinschaft hatte dienen sollen, dieser seiner Bestimmung entzogen. Die Schlechterstellung des Dienstherrn in der Rückgriffsfrage bedeutet also letzten Endes eine Mehrbelastung der Gesamtheit. Das führt zu der Überlegung, ob es nicht im Zuge einer gesunden, am Gemeinschaftsgedanken ausgerichteten Rechtspolitik läge, wenn man — der durch § 23 Abs. 2 DBG. geschaffenen Einschränkung im Innenverhältnis entsprechend — nunmehr auch die Haftung des Dienstherrn nach außen, dem geschädigten Dritten gegenüber herabmindern würde. Eine Einschränkung der Verantwortlichkeit des Dienstherrn auf die Fälle, in denen seine Beamten vorsätzlich oder grobfahrlässig handeln, erscheint zum mindesten für den obersten Dienstherrn aller deutschen Beamten, das Deutsche Reich, erwägenswert.

Man muß sich nämlich folgendes vor Augen halten: Der Grundsatz, daß das Reich für jedes, auch das geringfügigste Verschulden seiner Beamten einzustehen und dem dadurch Verletzten seinen Schaden im vollen Umfange zu ersetzen habe, war folgerichtig vom Standpunkt einer Weltanschauung aus, die den einzelnen Menschen in den Mittelpunkt ihrer Betrachtung stellte und die vornehmste Aufgabe der Rechtsordnung in dem größtmöglichen Schutz dieses einzelnen gegen Eingriffe in seinen Rechtskreis erblickte. Der Staat war für diese Auffassung ein außerhalb stehendes feindseliges Etwas, demgegenüber die „Grundrechte" des einzelnen genau abgegrenzt und für unverletzlich erklärt wurden. Tastete der Staat gleichwohl durch Handlungen seiner Beamten eines dieser geheiligten Rechte an, dann hatte dem Verletzten volle Genugtuung zu geschehen, und der Staat war für jedes Verschulden der Beamten uneingeschränkt verantwortlich zu machen. Heute, eine Reihe von Jahren nach dem Siege des Nationalsozialismus, denken wir über das Verhältnis des einzelnen zum Staat wesentlich anders. Der Staat ist uns nichts dem einzelnen feindlich Gegenüberstehendes, sondern er stellt lediglich eine Erscheinungsform der Volksgemeinschaft dar — derselben Gemeinschaft, der auch der einzelne als Glied angehört. Erhebt jemand gegen diesen Staat einen Schadensersatzanspruch, so bedeutet das nichts Geringeres als den Versuch eines einzelnen Volksgenossen, einen erlittenen Schaden auf die Gemeinschaft aller übrigen Volksgenossen abzuwälzen [13]). Eine solche Belastung der Gesamtheit zugunsten eines einzelnen Gliedes von ihr aber sollte mit Rücksicht auf den Grundsatz „Gemeinnutz vor Eigennutz" nur in besonders kraß liegenden Fällen zugelassen werden. Hat der betreffende Beamte in grobfahrlässiger oder gar vorsätzlicher Weise gegen seine Amtspflichten verstoßen, dann entspricht es allerdings der Billigkeit, daß der dadurch geschädigte Volksgenosse Genugtuung erfährt und von der Volksgemeinschaft, für die der schadenstiftende Beamte gehandelt hat, schadlos gestellt wird.

---

13) Vgl. Rothe a. a. O., insbes. S. 1452.

Anders dagegen bei nur leichtfahrlässigen Amtspflichtverletzungen. Es liegt in der natürlichen Unvollkommenheit alles Menschlichen begründet, daß auch dem gewissenhaftesten und sorgfältigsten Beamten einmal ein Versehen unterlaufen kann. Menschen sind keine Präzisionsmaschinen. Jeder, der mit staatlichen Einrichtungen in Berührung kommt, muß mit der wenn auch entfernten Möglichkeit rechnen, daß ihm durch irgendein geringfügiges Versehen eines Beamten ein Schaden entstehen könnte. Tritt dieser Fall aber wirklich ein, so ist kein zwingender Grund dafür ersichtlich, weshalb nun sofort die Volksgemeinschaft in die Bresche springen und den Schaden auf sich nehmen sollte. Entspricht es wirklich dem Gemeinschaftsgedanken, daß der einzelne Volksgenosse, der z. B. von der staatlichen Grundbucheinrichtung in seinem eigenen Interesse Gebrauch macht und sich von ihr Vorteile verspricht, im Falle ihres gelegentlichen Versagens ohne weiteres berechtigt sein soll, die Folgen seines Mißgeschicks auf die Schultern aller übrigen Volksgenossen abzuwälzen?

Falls es zu gewagt erscheint, das Reich von der Haftung für leichtfahrlässiges Verhalten aller Beamten freizustellen, könnte wenigstens daran gedacht werden, eine solche Haftungsbeschränkung zunächst nur hinsichtlich der Grundbuchbeamten einzuführen. Das Grundbuchrecht, das sich für die Beamtenhaftung schon zweimal als Pionier der Rechtsfortbildung erwiesen hat (vgl. oben Abschnitt I 1), scheint auch hier besonders geeignet; denn die Grundbucheinrichtung hat die Besonderheit, daß es bei ihr mehr als bei anderen staatlichen Einrichtungen dem einzelnen freisteht, ob er von ihr Gebrauch machen will oder nicht[14]).

2. Die Haftungsbeschränkung des § 23 Abs. 2 DBG., wonach der Beamte seinem Dienstherrn lediglich wegen vorsätzlichen oder grobfahrlässigen Verhaltens verantwortlich ist, tritt nicht bei jeder Amtspflichtverletzung ein, sondern sie gilt nur bei mittelbarer Schädigung des Dienstherrn. Die schadenstiftende Handlung des Beamten darf sich nicht gegen den Dienstherrn selbst gerichtet haben; Voraussetzung ist vielmehr die Schädigung eines Dritten, der sich dann seinerseits an den Dienstherrn des schuldigen Beamten gehalten hat und von ihm entschädigt worden ist. Fügt dagegen der Beamte seinem Dienstherrn unmittelbar Schaden zu, beschädigt er beispielsweise Sachen, die im Eigentum des Dienstherrn stehen, dann greift die Haftungsbeschränkung nicht Platz. Der Beamte haftet hier nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 23 Abs. 1 DBG. für jedes Verschulden, also auch für leichte Fahrlässigkeit.

Sogar bei mittelbarer Schädigung des Dienstherrn beschränkt sich die Haftung des Beamten nicht immer auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Als weiteres Erfordernis muß vielmehr noch hinzukommen, daß der Beamte, wenn er dem Dritten Schaden zufügt, dabei „in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt" handelt (§ 23 Abs. 2 DBG.). Andernfalls kann ihn der Dienstherr, nachdem er den Dritten entschädigt hat, auch wegen nur leichtfahrlässigen Verhaltens zur Verantwortung ziehen. So z. B. wenn der Beamte bei der Führung eines Dienstkraftwagens jemanden anfährt oder wenn er es pflichtwidrig unterläßt, in einem öffentlichen Gebäude mit starkem Publikumsverkehr Warnungsschilder hinsichtlich des frischgestrichenen Treppengeländers oder des kurz vorher geölten und daher glatten Fußbodens anzubringen[15]).

[14]) Im landwirtschaftlichen Entschuldungsrecht beschränkt sich übrigens gem. Art. 4 Abs. 1 Satz 2 der 6. DurchfVO. v. 7. Juli 1934 (RGBl. I, 609) die Haftung der Entschuldungsstellen den Beteiligten gegenüber auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Die Entschuldungsstellen sind nicht Beamte, haben aber nach Harmening-Pätzold („Die landwirtschaftliche Schuldenregelung", 2. Aufl., S. 333) eine „amtsähnliche Stellung".

[15]) Vgl. Abschnitt III Abs. 2 der Rundverfügung des RJM. v. 15. Juli 1937 (oben Anm. 9), auch zu der Frage, ob § 23 Abs. 2 DBG. entsprechend angewendet werden kann, wenn der Schaden zwar bei Ausübung öffentlicher Gewalt, aber nicht einem andern, sondern dem Reich selbst (etwa in seiner Eigenschaft als Hypothekengläubiger) zugefügt worden ist.

3. Der Rückgriffsanspruch des Dienstherrn unterliegt, ebenso wie andere Ansprüche auch (§ 194 BGB.), der Verjährung. Es fällt auf, daß das DBG. selbst nichts darüber enthält, sondern daß die wichtige Verjährungsvorschrift an verhältnismäßig versteckter Stelle steht, nämlich in der auf Grund des § 183 DBG. von dem RMdJ. und dem RFM. erlassenen DurchfVO. v. 29. Juni 1937 (RGBl. I, 669). Daher ist es nicht weiter verwunderlich, daß nach der Veröffentlichung des Gesetzes zunächst die Ansicht vertreten wurde, Rückgriffsansprüche könnten künftig überhaupt nicht mehr verjähren, da § 23 Abs. 2 DBG., der an die Stelle aller früheren den Rückgriff regelnden Vorschriften getreten sei, eine Verjährung nicht vorsehe[16]). Diese Ansicht ist nunmehr durch die Bestimmung zu § 23 Ziff. 2 Satz 2 DurchfVO. überholt. Danach verjährt der Rückgriffsanspruch in drei Jahren. Gegenüber früher bedeutet das keine Neuerung. Die vor dem 1. Juli 1937 geltenden Rückgriffsvorschriften sahen gleichfalls wohl ausnahmslos eine dreijährige Verjährung vor (z. B. § 2 Satz 2 RGes. v. 22. Mai 1910, § 3 Satz 2 PrGes. v. 1. Aug. 1909, Art. 8 Satz 2 PrAusfG. z. GBO.).

Auch hinsichtlich des Beginns der Verjährung stimmt die neue Vorschrift mit der bisherigen Regelung inhaltlich überein. Die Dreijahresfrist beginnt mit dem Zeitpunkt zu laufen, „in dem der Ersatzanspruch des Dritten diesem gegenüber von dem Dienstherrn anerkannt oder dem Dienstherrn gegenüber rechtskräftig festgestellt ist". Es besteht daher nach wie vor ein Unterschied zwischen der Verjährung des Schadensersatzanspruchs, den der geschädigte Dritte gegen den Dienstherrn des Beamten hat, und der Verjährung des Rückgriffsanspruchs. Die Ansprüche verjähren zwar beide in drei Jahren. Die Verjährung beginnt jedoch bei dem Ersatzanspruch gegen den Dienstherrn gemäß § 852 BGB. bereits mit dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der geschädigte Dritte „von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt" hat, während sie bei dem Rückgriffsanspruch, wie erwähnt, erst mit der Anerkennung oder rechtskräftigen Feststellung des gegen den Dienstherrn gerichteten Ersatzanspruchs einsetzt. Die Haftung des Beamten ist somit in der Regel von längerer Dauer als die des Dienstherrn. Andererseits ist der Beamte insofern günstig gestellt, als der Rückgriffsanspruch völlig unabhängig von der Kenntnis seiner, des Beamten, Person zu verjähren beginnt. Die Verjährung kann also unter Umständen schon eintreten, bevor der Dienstherr überhaupt erfährt, welcher Beamte den Schaden angerichtet hat[17]). Manchmal läuft auch bereits die Verjährung des Rückgriffsanspruchs, obgleich dem Dienstherrn ein Schaden bisher noch nicht entstanden ist. Das ist z. B. der Fall, wenn der Dienstherr verurteilt ist zur Zahlung Zug um Zug gegen Abtretung gewisser Ansprüche oder Abgabe irgendeiner Erklärung seitens des Dritten. Hier braucht der Dienstherr, solange der Dritte die Abtretung nicht vornimmt oder die Erklärung nicht abgibt, auch seinerseits nicht zu leisten und ist somit einstweilen noch nicht geschädigt. Gleichwohl hat sein Rückgriffsanspruch gegen den schuldigen Beamten schon mit der Rechtskraft des Urteils zu verjähren begonnen. Ähnlich liegt es dann, wenn es sich bei dem gegen den Dienstherrn ergangenen Urteil nur um ein Grundurteil (§ 304 ZPO.) handelt oder wenn er seine Schadensersatzpflicht dem Dritten gegenüber lediglich dem Grunde nach anerkannt hat. Auch hier ist die Verjährung bereits im Lauf, obgleich sich der Streit über die Höhe des Ersatzanspruchs zwischen dem Dienstherrn und dem Dritten möglicherweise noch monate- oder gar jahrelang hinzieht. In solchen Fällen muß der für den Rückgriff zuständige Dienstvorgesetzte dafür Sorge tragen, daß der Anspruch gegen den schuldigen Beamten nicht der Verjährung anheimfällt; er wird, um die

[16]) So Wittland in seinem — mehrere Monate vor Veröffentlichung der DurchfVO. erschienenen — Aufsatz: JW. 1937, 345 ff. (351).

[17]) RG.: JW. 1937, 2299 [24] mit Anm. von Lehmann. Vgl. auch SeuffArch. 83, 359.

Verjährung zu unterbrechen (§§ 208 f. BGB.), den Beamten veranlassen, seine Ersatzpflicht (zum mindesten dem Grunde nach) anzuerkennen, und wird im Weigerungsfalle gegen ihn (Feststellungs-) Klage erheben.

4. Die erörterte Verjährungsvorschrift gibt zugleich einen Fingerzeig dafür, wann der Rückgriffsanspruch entsteht. Gemäß § 198 BGB. beginnt die Verjährung eines Anspruchs mit seiner Entstehung. Daraus wird man umgekehrt folgern dürfen, daß der Rückgriffsanspruch in dem Augenblick zur Entstehung gelangt, in dem seine Verjährung einsetzt; das wäre also der Zeitpunkt, in dem der Ersatzanspruch des geschädigten Dritten entweder von dem Dienstherrn anerkannt oder ihm gegenüber rechtskräftig festgestellt wird. Die Entstehung des Rückgriffsanspruchs etwa erst auf den Zeitpunkt zu verlegen, in dem der Dienstherr geschädigt wird, geht nicht an. Denn dann würde, da der Verjährungsbeginn von dem Schadenseintritt unabhängig ist, in manchen Fällen die Verjährung bereits laufen, ohne daß bisher überhaupt ein Anspruch, der verjähren könnte, vorhanden wäre. Andererseits kann man die Entstehung des Rückgriffsanspruchs auch nicht vorverlegen auf den Zeitpunkt der Amtspflichtverletzung selbst. Denn wenn ein Beamter seine Amtspflicht verletzt und dadurch Schaden anrichtet, so steht damit noch keineswegs fest, daß sein Dienstherr von dem geschädigten Dritten schadensersatzpflichtig gemacht werden wird. Es ist durchaus denkbar, daß der Dritte von der Geltendmachung seines an sich bestehenden Ersatzanspruchs absieht, etwa weil er die Rechtslage falsch beurteilt und sich keinen Erfolg davon verspricht, oder weil er dem Beamten, dem er vielleicht persönlich nahesteht, einen Rückgriff ersparen möchte; nicht selten kommt es auch vor, daß der schuldige Beamte sich selbst mit dem Geschädigten in Verbindung setzt und ihm den Schaden unmittelbar erstattet, um die Inanspruchnahme seines Dienstherrn und den sich anschließenden Rückgriff abzuwenden. Für die Entstehung des Rückgriffsanspruches kann es daher weder auf die Amtspflichtverletzung noch auf den Eintritt des Schadens des Dienstherrn ankommen. Maßgebend ist vielmehr allein der Zeitpunkt, in dem die Ersatzpflicht des Dienstherrn entweder freiwillig anerkannt oder rechtskräftig festgestellt wird.

5. Der Dienstherr, der wegen Amtspflichtverletzung seines Beamten Schadensersatz hat leisten müssen, hat bisweilen neben dem Rückgriffsanspruch noch einen Ersatzanspruch gegen einen Dritten. Schon früher war es meist üblich, daß der Dienstherr derartige Ansprüche dem Beamten, gegen den Rückgriff genommen wurde, abtrat — zum mindesten dann, wenn der Beamte darum bat. Diese bisher freiwillige Übung ist nunmehr vom Gesetz zur allgemeinen Regel erhoben worden. § 23 Abs. 3 DBG. bestimmt, daß Ersatzansprüche, die der Dienstherr gegen Dritte hat, mit dem Rückgriff auf den in Anspruch genommenen Beamten übergehen. Es handelt sich also um einen Forderungsübergang kraft Gesetzes; einer besonderen Abtretung bedarf es künftig nicht mehr. Große praktische Bedeutung wird dies kaum haben, weil die betreffenden Ersatzansprüche fast immer wertlos sein werden. Steht dem Dienstherrn nämlich ein Anspruch zu, von dessen Geltendmachung er sich Erfolg verspricht, so kommt es überhaupt nicht zum Rückgriff; der Dienstherr hält sich dann, anstatt gegen seinen Beamten vorzugehen, an den außenstehenden Anspruchsgegner. Von dem gesetzlichen Forderungsübergang werden daher nur solche Ansprüche betroffen werden, die entweder so zweifelhaft sind, daß ihre gerichtliche Geltendmachung ein kaum zu rechtfertigendes Wagnis darstellt, oder die wegen Vermögenslosigkeit des Anspruchsgegners nicht beitreibbar sind.

III.

Auch in der Durchführung des Rückgriffs sind durch das DBG. wesentliche Änderungen eingetreten.

1. Für die gerichtliche Geltendmachung von Rückgriffsansprüchen werden künftig nicht mehr die ordentlichen Gerichte zuständig sein, sondern die Verwaltungsgerichte (§ 142 Abs. 2 DBG.). Ausgenommen sind lediglich Rückgriffsansprüche gegen Justizbeamte aus Amtspflichtverletzungen, die „in oder bei Ausübung der Rechtspflege" begangen worden sind; hier verbleibt es bei der bisherigen Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte (Satz 2 a. a. O.). Der Grund, weshalb man die Entscheidung im Regelfalle den Verwaltungsgerichten übertragen hat, liegt darin, daß es sich bei diesen Entscheidungen im wesentlichen um Fragen der Verwaltung und des Verwaltungsrechts handelt. Nicht minder verständlich ist es, daß man die gegen Justizbeamte gerichteten Rückgriffsansprüche, bei denen meist Angelegenheiten der Rechtspflege zur Erörterung stehen, den mit diesen Dingen besser vertrauten ordentlichen Gerichten vorbehalten hat[18]).

Übrigens liegt der Übergang der Zuständigkeit auf die Verwaltungsgerichte noch in der Zukunft. § 142 DBG. wird erst mit der Errichtung des Reichsverwaltungsgerichts in Kraft treten (§ 182 DBG.). Bis dahin verbleibt es bei den früheren Vorschriften. Einstweilen sind also nach wie vor sämtliche Rückgriffsansprüche bei den ordentlichen Gerichten geltend zu machen. Ausschließlich zuständig sind die LG. (§ 71 Abs. 2 Ziff. 2 GVG. und die auf Grund von Abs. 3 a. a. O. erlassenen landesrechtlichen Bestimmungen, z. B. § 39 PrAusfG. z. GVG.), und Berufung und Revision sind ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zulässig (§§ 511a Abs. 4, 547 Ziff. 2 ZPO.).

2. Von Einfluß auf die Durchführung des Rückgriffs ist ferner die bereits erörterte Verschiedenartigkeit der Haftungsmaßstäbe im Außen- und Innenverhältnis: während der Dienstherr nach außen für jedes Verschulden einzustehen hat, ist ihm der Beamte nur noch bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit verantwortlich. Man könnte meinen, der Aufgabenbereich des für den Rückgriff zuständigen Dienstvorgesetzten habe sich dadurch verkleinert, denn der Vorgesetzte sei ja nun in all den nicht seltenen Fällen, in denen nur leichte Fahrlässigkeit vorliege, der Notwendigkeit, Rückgriff zu nehmen, enthoben. In Wirklichkeit ist jedoch die Tätigkeit der Rückgriffsbehörde durch § 23 Abs. 2 DBG. nicht einfacher, sondern im Gegenteil schwieriger geworden.

Für den früheren Rechtszustand war kennzeichnend die enge Verknüpfung der Rückgriffshaftung mit der Verantwortlichkeit nach außen. Wurde gegen den Dienstherrn ein Schadenersatzanspruch geltend gemacht, so bedurfte es gewissermaßen nur einer Entscheidung, die in gleicher Weise für Außen- und Innenverhältnis galt: bejahte man die Haftung nach außen, so ergab sich daraus zwangsläufig auch die Ersatzpflicht. Infolgedessen machte der Dienstherr sein Verhalten gegenüber dem Anspruchsteller meist von der Stellungnahme des schadenstiftenden Beamten abhängig. Erkannte dieser an, sich ersatzpflichtig gemacht zu haben, so bestand für den Dienstherrn im allgemeinen kein Anlaß, die Anerkennung seiner eigenen Ersatzpflicht zu verweigern. Er leistete dem Dritten Ersatz und nahm dann gegen den Beamten nach Maßgabe seines Anerkenntnisses Rückgriff. Verweigerte dagegen der Beamte die Anerkennung seiner Ersatzpflicht, so pflegte der Dienstherr den Anspruch abzulehnen und den Dritten auf den Klageweg zu verweisen. In dem nun folgenden Rechtsstreit wurde dem Beamten seitens des Dienstherrn der Streit verkündet. Dadurch verlor er, falls es zu einer Verurteilung des Dienstherrn kam, gemäß §§ 72 Abs. 1, 68 ZPO. den Einwand, der Rechtsstreit sei unrichtig entschieden worden, und mußte die rechtskräftige Feststellung, daß er schuldhaft seine Amtspflicht verletzt und auf diese Weise den Dritten geschädigt habe, als verbindlich gegen sich gelten lassen.

Heute hat sich der Zusammenhang zwischen Verantwortlichkeit nach außen und Rückgriffshaftung stark gelockert. Infolge der Verschiedenheit der Haftungsmaßstäbe steht, wenn der Dienstherr mit Erfolg in Anspruch genommen worden ist, die Frage, ob er sich im Rückgriffswege an den Beamten halten darf, noch durchaus offen. Statt einer sind jetzt zwei

---

[18]) Amtliche Begründung zu Abschnitt IX.

Entscheidungen erforderlich. Eine Ausnahme bilden lediglich die Fälle, in denen von vornherein zweifelsfrei feststeht, daß nur leichte Fahrlässigkeit in Frage kommt. Hier ist allerdings mit der Schadenersatzleistung an den Dritten die Angelegenheit erledigt. In allen übrigen Fällen dagegen schließt sich an die Auseinandersetzung zwischen dem geschädigten Dritten und dem Dienstherrn heute eine zweite Auseinandersetzung an, die zwischen dem Dienstherrn und dem schadenstiftenden Beamten ausgetragen wird. Der Dienstherr muß jetzt gleichsam auf zwei Fronten kämpfen.

Die Notwendigkeit, sich mit dem Beamten über den Grad seines Verschuldens auseinanderzusetzen, erschwert die Durchführung des Rückgriffs erheblich. Es ist menschlich verständlich, daß sich heute nahezu jeder Beamte, gegen den ein Rückgriffsanspruch erhoben wird, zunächst einmal damit zu verteidigen sucht, ihm falle nur leichte Fahrlässigkeit zur Last. So war es schon von jeher bei den Grundbuchbeamten, die ja auch nach früherem Recht nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einzustehen hatten; wäre es hier nach der Auffassung der betreffenden Beamten gegangen, so gäbe es grobfahrlässige Amtspflichtverletzungen im Grundbuchverkehr überhaupt nicht. Die Abgrenzung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit bereitet aber in der Tat oftmals ernstliche Schwierigkeiten. Da ein objektiver Maßstab fehlt und es jeweils auf die Umstände des einzelnen Falles ankommt, ist es im wesentlichen eine Ermessensfrage, ob man das Verschulden, das jemand in einer bestimmten Lage bewiesen hat, als so schwerwiegend ansehen will, daß es nicht mehr unter den Begriff der leichten, sondern schon unter den der groben Fahrlässigkeit einzuordnen ist. Es gibt zahlreiche Grenzfälle, in denen man geteilter Ansicht sein kann. Die Auseinandersetzung zwischen dem Dienstherrn und dem Beamten wird daher häufig nicht weniger schwierig und im Ergebnis nicht weniger zweifelhaft sein als der vorausgegangene Streit zwischen dem geschädigten Dritten und dem Dienstherrn. Sehr oft wird sich die Frage der Rückgriffspflicht nur im Wege eines Rechtsstreits klären lassen. Der Dienstherr muß dann außer dem ersten Rechtsstreit mit dem geschädigten Dritten also noch einen zweiten mit dem schadenstiftenden Beamten führen.

Diese „Zweispurigkeit“ in der Prozeßführung ist natürlich wenig erfreulich, läßt sich aber kaum vermeiden. Der zweite Rechtsstreit wäre nur dann zu entbehren, wenn bereits in dem ersten Rechtsstreit nicht lediglich das Verschulden des Beamten — Vorsatz oder Fahrlässigkeit —, sondern zugleich auch der Grad der etwaigen Fahrlässigkeit — leichte oder grobe — geklärt und in einer sowohl für den Dienstherrn als auch für den Beamten verbindlichen Weise festgestellt werden könnte. Ob solch eine Feststellung demnächst in dem Verfahren vor den Verwaltungsgerichten (§§ 142 Abs. 2, 182 DBG.) möglich sein wird, läßt sich, da die maßgebenden Verfahrensvorschriften noch nicht erlassen sind, zur Zeit nicht sagen. Vor den ordentlichen Gerichten, die für Rückgriffsansprüche augenblicklich noch allgemein zuständig sind und die auch später, soweit es sich um Justizbeamte handelt, zuständig bleiben werden, dürfte dafür schwerlich Raum sein. Unser geltendes Zivilprozeßrecht kennt keine Möglichkeit, im Rahmen eines Rechtsstreits Fragen zu klären, die für die Entscheidung dieses Rechtsstreits selbst ohne Belang sind und erst nach seinem Abschluß Bedeutung gewinnen. Insbesondere wäre eine Zwischenfeststellungsklage gemäß § 280 ZPO. nicht zulässig; denn der Grad der Fahrlässigkeit ist kein „Rechtsverhältnis, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil abhängt“.

Das über den ersten Rechtsstreit entscheidende Gericht ist allerdings, wenn es auch nicht gezwungen werden kann, Feststellungen über den Grad der Fahrlässigkeit zu treffen, andererseits nicht gehindert, sich freiwillig darüber zu äußern. Es kann in dem Urteil, das zwischen dem geschädigten Dritten und dem Dienstherrn ergeht, etwa ausführen, der Beamte habe „in gröblicher Weise“ fahrlässig gehandelt, oder — umgekehrt — es liege eine „wenn auch nur leichte, so doch immerhin nicht mehr völlig entschuldbare, im Rechtssinne fahrlässige Verletzung seiner Amtspflicht“ [19]) vor. Derartige beiläufige Feststellungen in dem ersten Rechtsstreit sind für die anschließende Erörterung der Rückgriffsfrage zwischen Dienstherrn und Beamten von großem Wert. Verfahrensrechtliche Wirkungen im Sinne von § 68 ZPO. dürften sie zwar kaum haben; der Beamte wird, auch wenn ihm der Streit verkündet worden ist, durch die in dem ersten Urteil enthaltene beiläufige Bemerkung, er habe grobfahrlässig gehandelt, sicherlich nicht gehindert, in einem späteren Rückgriffsrechtsstreit sich trotzdem auf leichte Fahrlässigkeit zu berufen. Nicht zu unterschätzen aber ist die praktische Bedeutung derartiger Feststellungen — zumal dann, wenn das Gericht, das den ersten Rechtsstreit entschieden hat, zugleich für den Rückgriffsrechtsstreit zuständig ist. Sie wirken sich nämlich dahin aus, daß es zu einem Rechtsstreit zwischen Dienstherrn und Beamten in der Regel überhaupt nicht mehr kommen wird. Der Dienstherr wird, wenn in dem ersten Urteil ausdrücklich von nur leichter Fahrlässigkeit die Rede ist, sich von einer gerichtlichen Geltendmachung eines Rückgriffsanspruchs meist keinen Erfolg mehr versprechen, und umgekehrt wird der Beamte, wenn das Gericht ihm bereits grobfahrlässiges Handeln bescheinigt hat, es auf einen Rechtsstreit kaum noch ankommen lassen, sondern seine Rückgriffspflicht freiwillig anerkennen.

Die Gerichte sollten sich daher, wenn sie ein Gemeinwesen wegen fahrlässiger Amtspflichtverletzung seines Beamten zu Schadensersatz verurteilen, in dem Urteil nach Möglichkeit auch über den Grad der Fahrlässigkeit auslassen, falls der Sachverhalt hierfür genügend geklärt erscheint. Solche Äußerungen werden in der Regel einen sonst kaum vermeidbaren weiteren Rechtsstreit über den gleichen Sachverhalt überflüssig machen.

3. Für die Durchführung des Rückgriffs ist auch die Vorschrift des § 39 Abs. 2 DBG. von Bedeutung, wonach der Dienstherr an den Dienstbezügen des Beamten ein Aufrechnungs- oder Zurückbehaltungsrecht nur insoweit geltend machen kann, als sie pfändbar sind oder als er einen vollstreckbaren Anspruch auf Schadensersatz wegen vorsätzlicher unerlaubter Handlung hat. Eine Aufrechnung gegen den unpfändbaren Teil der Gehaltsforderung wurde — trotz des Wortlauts des § 394 BGB. — bisher für zulässig erachtet, wenn die Forderung, mit der aufgerechnet wurde, aus einer zum Nachteil des Staates begangenen vorsätzlichen unerlaubten Handlung herrühre (RGZ. 85, 108 ff.; 135, 1 ff. = JW. 1932, 492 [20] [m. Anm.]). Dieser Grundsatz wird durch § 38 Abs. 2 DBG. im wesentlichen aufrechterhalten. Eine Änderung ist nur insofern eingetreten, als der Schadensersatzanspruch jetzt vollstreckbar sein muß. Diese Vollstreckbarkeit läßt sich, falls der Beamte bei Begehung der unerlaubten Handlung zugleich gegen ein Strafgesetz verstoßen hat, unschwer durch ein Verfahren nach Maßgabe des Erstattungsgesetzes v. 18. April 1937 (RGBl. I, 461) herbeiführen (vgl. § 1 Abs. 2 Ziff. 2, §§ 5 und 7 a. a. O.) [20]).

IV.

Die Übergangsvorschrift für das Inkrafttreten der neuen Rückgriffsbestimmungen steht in der DurchfVO. v. 29. Juni 1937 zu § 23 Ziff. 1. Danach bestimmen sich die Rechtsfolgen von Amtspflichtverletzungen, die vor dem 1. Juli 1937 begangen sind, nach dem bisherigen Recht. Auf solche früheren Amtspflichtverletzungen findet also die durch § 23 Abs. 2 DBG. eingeführte Beschränkung der Rückgriffspflicht auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit keine Anwendung [21]). Die oberste Dienstbehörde — z. B. bei Justiz-

[19]) So RG.: SeuffArch. 91, 180 über einen Grundbuchrichter.

[20]) Vgl. Abschnitt III der Rundverfügung des RJM. vom 15. Juli 1937 (Anm. 9).

[21]) Anders bei der durch Gesetz v. 7. April 1937 eingeführten Beschränkung der Rückgriffshaftung der Soldaten; sie erstreckt sich auf alle im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes noch nicht befriedigten Schadensersatzansprüche des Reiches, greift also auch dann Platz, wenn die schadenstiftende Handlung bereits vorher begangen worden ist (vgl. amtliche Erläuterung: DJ. 1937, 646).

beamten der RJM. — kann jedoch § 23 Abs. 2 DBG. anwenden, wenn der Rückgriffsanspruch noch nicht rechtshängig geworden ist und wenn seine Geltendmachung eine Härte für den Beamten bedeuten würde[22]).

B.

Von Rechtsanwalt Reuß, Berlin

Der Aufsatz von Rothe ist ein verdienstvoller Beitrag zum neuen deutschen Beamtenrecht. Das Verdienst, das sich Rothe mit seiner klaren und gründlichen Untersuchung erworben hat, soll nicht geschmälert werden, wenn ich seinem Aufsatz nachstehend einige Bemerkungen anfüge:

Rothe führt am Anfang seines Aufsatzes aus, daß sich der öffentliche Dienstherr, „nachdem er dem Dritten Schadenserſatz geleistet hat", unter Umständen seinerseits an seinen Beamten halten kann. Zur Vervollständigung dieser Darstellung mag ergänzungsweise auf Brand („Komm. z. DBG." S. 212 Ziff. 6) verwiesen werden, wo folgendes ausgeführt wird: „Zur Inanspruchnahme des Beamten ist Voraussetzung, daß der Dienstherr den Verletzten bereits entschädigt hat. ... Der Dienstherr kann aber (also schon vorher, d. Verf.) nach den §§ 249, 257 BGB. vom Beamten Befreiung von der ihm dem Dritten gegenüber erwachsenen Ersatzpflicht verlangen." In diesem Zusammenhang müssen auch Bedenken gegen die Ausführungen Rothes unter Ziff. II 4 seines Aufsatzes erhoben werden. Der Anspruch des Dritten gegen den Dienstherrn des Beamten entsteht im Zeitpunkt der Amtspflichtverletzung; entgegen dem Standpunkt Rothes ist anzunehmen, daß auch in diesem Zeitpunkt bereits der Anspruch des Dienstherrn gegen den Beamten auf interne Schadloshaltung entsteht. Allerdings ist dieser Anspruch, solange der Dienstherr dem geschädigten Dritten noch keinen Schadensersatz geleistet hat, nur vorsorglich auf Freihaltung von der eventuellen eigenen Inanspruchnahme des Dienstherrn gerichtet.

Recht beachtlich sind die Ausführungen Rothes unter Ziff. I 2 a. E. seines Aufsatzes. Zutreffend weist Rothe hier auf die Rechtsnatur des Beamtenverhältnisses als eines beiderseitigen Treueverhältnisses hin. Daraus ergibt sich m. E. in der Tat eine innere Grenze des beamtenrechtlichen Haftpflichtrechts, wozu ich auf die auch heute noch beachtlichen Ausführungen von Radloff: JW. 1929, 1777 verweise. Die Treue ist heute weniger als je nur ein „leerer Wahn"; ihr inneres Wesen muß vielmehr auch rechtlich fruchtbar gemacht werden. Das ist besonders bedeutsam im Hinblick auf die zutreffenden Ausführungen Rothes unter Ziff. II 2 seines Aufsatzes, aus denen sich ergibt, daß die gesetzliche Beschränkung der Haftung des Beamten auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit keineswegs durchgehend gilt. Die Geltendmachung einer nur leichten Fahrlässigkeit des Beamten verstößt aber bisweilen, worauf Rothe (a. a. O.) und Radloff (a. a. O.) mit Recht hinweisen, gegen die Treuepflicht des öffentlichen Dienstherrn.

Bei seinen bemerkenswerten Ausführungen unter Ziff. III 2 seines Aufsatzes („Zweispurigkeit" in der Prozeßführung) läßt Rothe offenbar außer acht, daß die Entscheidung über Amtspflichtklagen Dritter gegen den öffentlichen Dienstherrn auch in Zukunft zur Zuständigkeit der Zivilgerichte gehört; mit diesen Klagen hat das DBG. die Verwaltungsgerichte nicht betraut. Es wird also in Zukunft sogar dahin kommen, daß die Klage des Dritten gegen den Dienstherrn vor den Zivilgerichten, die Rückgriffsklage des Dienstherrn gegen den Beamten dagegen vor den Verwaltungsgerichten zur Entscheidung kommt. Die von Rothe vorgeschlagene Lösung, eine einheitliche, auch den Verschuldensgrad außer Streit stellende Entscheidung vorzusehen, ließe sich allenfalls durch einen Ausbau des Konfliktverfahrens gemäß § 147 DBG. erreichen. Es ist aber verdienstvoll, daß Rothe auch auf diese verfahrensrechtlichen Fragen eingegangen ist.

Dem Vorschlag Rothes (vgl. Ziff. II 1 des Aufsatzes), auch die Außenhaftung des öffentlichen Dienstherrn gegenüber dem geschädigten Dritten auf Fälle eines qualifizierten Verschuldens (Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit) zu beschränken, muß m. E. widersprochen werden. Es wäre bedauerlich, wenn Rothe mit diesem Vorschlag bei maßgeblichen Stellen Gehör fände. Zu Unrecht beruft sich Rothe bei dieser Anregung auf das Gemeinschaftsdenken unserer Zeit. Gerade dieses Denken muß es als die gerechte Lösung erscheinen lassen, daß die finanzielle Verantwortung für die Tätigkeit der öffentlichen Behörden die Steuerkraft der Allgemeinheit zu tragen hat; es kann nicht gebilligt werden, daß sie in völlig unproportionaler Weise ausgerechnet denjenigen treffen soll, der ohnehin durch den behördlichen Fehlgriff betroffen worden ist. Viele Schultern tragen vereint eine Last leichter als der einzelne. Es liegt nicht in der Linie eines gesunden Gemeinschaftsdenkens, dem bloßen Zufall zufolge den einzelnen Volksgenossen vielleicht unter seiner Bürde zusammenbrechen zu lassen, während diese für die Allgemeinheit kaum spürbar wird, wenn alle für einen stehen. In dem einzelnen, der ja vor allem ein Teilträger der völkischen Kulturwerte ist, schützt die Gemeinschaft letzten Endes nur sich selbst. Auch staatspolitische Erwägungen stehen der von Rothe empfohlenen Lösung entgegen: Das Vertrauen zu den öffentlichen Behörden würde erschüttert, wenn sich der einzelne Volksgenosse ihrer Arbeit nicht ohne persönliches Risiko anvertrauen könnte. Mit Recht hält es das geltende Gesetz, das m. E. insoweit nicht reformbedürftig ist, für unzumutbar, daß man im Umgang mit Dienststellen des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften die aus der Pflichtwidrigkeit eines Beamten etwa erwachsenden Schäden hinzunehmen habe, obwohl man auf die Auswahl des Beamten, zu dem man in Beziehung tritt, keinerlei Einfluß besitzt und in aller Regel der in seiner Person vielleicht gegebenen Gefährdung gar nicht ausweichen kann (vgl. Reuß: JW. 1937, 1968). Hier hat die Gemeinschaft des Volkes mit ihrer Steuerkraft dafür einzustehen, daß der Lebensraum des einzelnen Volksgenossen, der ja in erster Linie ein sozialer Teilraum ist, keine unverhältnismäßige Einengung erleidet; in einem gerechten Ausmaß nimmt auch der betroffene Volksgenosse selbst als Steuerpflichtiger an den allgemeinen Lasten teil. Diese Regelung hat nichts mit einer gemeinschaftswidrigen Haltung oder gar mit Staatsgegnerschaft zu tun. Es trägt der verpflichtenden Bindung echter Gemeinschaft m. E. eher Rechnung, wenn alle für einen stehen, als wenn man den einen, den zufällig das behördliche Mißgeschick getroffen hat, den vielleicht vernichtenden Folgen dieses Mißgeschicks allein überläßt.

---

[22]) Vgl. auch den Runderlaß des Reichsführers SS. und Chefs der Deutschen Polizei im RMdJ. über den Rückgriff gegen Polizeibeamte v. 19. Aug. 1937 (MBliV. 1937, 1420 a) („... Der RFM. hat sich damit einverstanden erklärt, daß schon jetzt in Fällen, die sich vor dem 1. Juli 1937 ereignet haben, aber noch nicht endgültig erledigt sind, die Rückgriffsfrage ebenso behandelt wird, als ob zur Zeit der Entstehung des Schadens die Bestimmungen des DBG. bereits in Geltung gewesen wären").

Verwaltungsgebühren und Verfahrenskosten im Verwaltungsstreitverfahren vor den Kreis- (Stadt-) Verwaltungsgerichten

Gibt es hier noch Verfahrenskosten?

Von Magistratsrat Ludwig Albert, Frankfurt a. M.

I. Verfahrens- und Sachgebühr

a) Ähnlichkeit und Gegensatz. — „Wer im Prozeß unterliegt, zahlt die Kosten." Das gilt auch im Verwaltungsstreitverfahren. Nach §§ 103, 106 LVG. sind dem Unterliegenden im Urteil (Bescheid) die Kosten und die baren Auslagen des Verfahrens zur Last zu legen; zugleich ist der Wert des Streitobjektes festzusetzen. An Kosten wird ein Kostenpauschquantum erhoben. Damit wird die Tätigkeit des Verwaltungsgerichts im Verwaltungsstreitverfahren abgegolten. Es handelt sich somit um gerichtliche Verfahrenskosten im eigentlichen Sinne. Der zu erhebende Kostenpauschsatz ist erschöpfend geregelt durch den RdErl. v. 24. Dez. 1926 (MBliV. 1927, 3), abgedruckt bei Brauchitsch, Anhang 11, hier kurz als „PauschsatzVO." bezeichnet. Im Verwaltungsstreitverfahren vor den Kreis- und Stadtverwaltungsgerichten beträgt er z. B. durchweg 3% des Streitwertes, wozu ein Zuschlag (halber Satz) für eine Beweisaufnahme hinzutritt. Umgekehrt sind bestimmte Ermäßigungen vorgesehen, wenn die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ergeht, wenn die Sache sich durch Zurücknahme der Klage erledigt usw. Diese PauschsatzVO. von 1926 gilt nahezu unverändert auch heute noch und ist dem Verwaltungsrichter ebenso geläufig wie der hergebrachte Grundsatz: Zu jedem Urteil gehört die Kostenentscheidung mit Streitwertfestsetzung, und an die Kostenentscheidung schließt sich der Beschluß des Vorsitzenden über die Festsetzung der Kosten und baren Auslagen an.

Man hätte eigentlich annehmen sollen, diese Rechtsübung sei unerschütterlich und der Abschnitt des LVG. über die „Kosten des Verwaltungsstreitverfahrens" (§§ 103 ff. LVG.) liege weitab vom Gebiet der neuzeitlichen Umgestaltung. Und doch hat sich — ziemlich unbemerkt — auch hierin ein Wandel vollzogen. Die obigen Grundsätze über die Aufbürdung und Berechnung der Verfahrenskosten gelten nämlich nicht mehr für jedes Verwaltungsstreitverfahren. Im Bereich der unteren Verwaltungsgerichte muß vielmehr neuerdings unterschieden werden, welchen sachlichen Gegenstand das Klagebegehren und die zu treffende Entscheidung hat. Denn auf bestimmten Sachgebieten hat der oben behandelte Kostengedanke vor dem neueren Gebührengedanken weichen müssen. Die Streitkosten sind insoweit von der seit 1923 eingeführten „Verwaltungsgebühr" sozusagen verschluckt worden. Das klingt zunächst ungereimt. Denn auch die gerichtlichen Streitkosten sind Gebühren. Der Kostenpauschsatz wird ja in der VO. von 1926 ausdrücklich (jeweils in Klammern) als „Gebühr" bezeichnet. Sie sind sogar staatliche Verwaltungsgebühren im weiteren Sinne und als solche vom VerwGebG. von 1923 (s. u.) ausdrücklich in den Gebührenbereich einbezogen. Umgekehrt gelten auch die eigentlichen Verwaltungsgebühren landläufig als „Kosten", z. B. die Paß-, Jagdscheingebühren usw. Insofern besteht also zwischen beiden eine nahe Verwandtschaft. Aber es ist doch ein innerer Unterschied zwischen einer Gebühr, die für den Prozeßaufwand erhoben wird, also einer Verfahrensgebühr, und einer Gebühr für einen bestimmten staatlichen Gewährungsakt, also einer Sachgebühr. Sie unterscheiden sich also nicht etwa deshalb, weil die eine im Verfahren anfällt, die andere im formlosen Verwaltungsweg. Vielmehr könnte die Sachgebühr ausnahmsweise auch innerhalb eines Streitverfahrens anfallen. Aber auch dann würde der Unterschied im sachlichen Zielpunkt bestehen bleiben: Die eine wäre Abgeltung der gerichtlichen Verfahrenstätigkeit und der prozessualen Kostenpflicht, die andere wäre Abgeltung einer auf dem Klagewege begehrten oder veranlaßten behördlichen Leistung. Der Fall ist eingetreten! Die Sachgebühr ist tatsächlich in das Streitverfahren eingedrungen und ist dabei der Verfahrensgebühr ins Gehege gekommen.

b) Widerstreit und Sieg der Sachgebühr. — Die auf Grund des erwähnten Preuß. Rahmengesetzes über staatliche Verwaltungsgebühren (VGG.) v. 29. Sept. 1923 (GS. 455) von den Ministern für die einzelnen Bereiche erstmals erlassenen allgemeinen und besonderen GebO. sind später in der VerwGebO. v. 30. Dez. 1926 (GS. 327) zusammengefaßt worden, deren Neufassung am 19. Mai 1934 (GS. 261) bekanntgemacht wurde. Diese VerwGebO. von 1934 schreibt die Erhebung von Verwaltungsgebühren vor „für einzelne Amtshandlungen, die auf Veranlassung der Beteiligten von staatlichen Organen oder kraft staatlichen Auftrages von nichtstaatlichen Organen vorgenommen werden". In einem beigegebenen Tarif sind auch gewisse Erlaubniserteilungen aufgeführt, z. B. in Tarif-Nr. 30 die Gaststättenerlaubnisse, an anderer Stelle auch die Versteigerererlaubnisse usw. Es leuchtet ein: dies sind ausgesprochene Sachgebühren. — Aber auch das Verwaltungsstreitverfahren als solches war gleichzeitig (bereits seit 1926) in der gleichen VerwGebO. einer Verwaltungsgebühr unterworfen, und zwar in Tarif-Nr. 79, allerdings nicht mit eigenen Gebührensätzen, sondern unter Verweisung auf die PauschsatzVO. von 1926. Diese Nr. 79 trägt das Kennwort „Verwaltungsstreitverfahren" und lautete noch in der Fassung von 1934: „Es gilt die VO. v. 24. Dez. 1926." Damit war also eine ausgesprochene Verfahrensgebühr in den Tarifbereich einbezogen. — Im Laufe des Jahres 1934 wurden nun aber nacheinander gewisse gewerbepolizeiliche Aufgaben und namentlich die erwähnten Erlaubniserteilungen in 1. Instanz den Kreis- und Stadtverwaltungsgerichten zur Behandlung im Verwaltungsstreitverfahren zugewiesen, darunter auch die Gaststättenerlaubnis. Der Widerstreit war gegeben!

Es erhob sich nunmehr die Streitfrage, ob derartige Gerichtsentscheidungen über ein Erlaubnisbegehren, da sie ja jetzt im Verwaltungsstreitverfahren getroffen werden mußten, mit einer doppelten Gebühr zu belegen seien, nämlich sowohl mit der Sachgebühr (z. B. in Gaststättensachen aus Nr. 30), wie auch mit der Verfahrensgebühr (Pauschsatz) aus Nr. 79, oder ob eine den Vorrang habe und welche. — Der Widerstreit führte in der Praxis zu vielfachen Zweifeln und sogar örtlich zu unterschiedlicher Handhabung. Man hielt aber durchweg am Kostentenor und am Pauschsatz fest. Nebenher wurde allerdings auch die vorgeschriebene Sachgebühr erhoben, zum mindesten für die gewährte Erlaubnis. Die Kraft des Herkömmlichen wirkte sich eben aus. Die Sachgebühr hatte nach damaliger Auffassung die Verfahrenskosten nicht zu ersetzen; man bezog eben die Kosten auf das Verfahren und die Gebühr ausschließlich auf die später auszustellende Erlaubnisurkunde. Nach allzulanger Rechtsunsicherheit ist die Streitfrage endlich 1936 beseitigt worden, und zwar durch die ÄndVO. v. 24. März 1936 (GS. 84). In die VerwGebO. von 1934 wurde jetzt ein neuer § 14a eingefügt, dessen 1. Satz lautet: „Wird über eine gebührenpflichtige Angelegenheit im Verwaltungsstreitverfahren entschieden, so werden Gebühren und Auslagen ausschließlich nach dieser GebO. erhoben." Weiterhin wurde in der Tarif-Nr. 79, die ihr Kennwort „Verwaltungsstreitverfahren" beibehielt, ein 2. Satz im gleichen Sinne angehängt: „(Es gilt die VO. v. 24. Dez. 1926.) Sie ist nicht anzuwenden, wenn im Verwaltungsstreit-

verfahren über eine gebührenpflichtige Angelegenheit entschieden wird." Der Wettstreit hatte also jetzt mit einem Sieg der Sachgebühr geendigt. Man kann heute sagen: mit einem klaren und eindeutigen Sieg! — Der Umschwung hat sich aber in der Praxis nur schrittweise durchgesetzt. Die inneren Widerstände wollten es auch diesmal nicht zulassen, aus den beiden kurzen Gebührenbestimmungen, die obendrein in einen langen Katalog von fremdartigen Tarifänderungen versteckt eingestreut waren, einen Wandel der bisher gehandhabten Kostengrundsätze herauszulesen. Kostenentscheidung und Kostenerhebung auf der einen, Gebührenerhebung auf der anderen Seite mögen vielfach auch jetzt noch in buntem Nebeneinander gehandhabt worden sein. Die §§ 103ff. LVG. waren ja noch nicht aufgehoben! — Zwar hatte der Finanzministerialerlaß vom 3. April 1936 (BesBl. Nr. 14) alsbald ausgesprochen: neben der für die Erteilung oder Versagung einer Erlaubnis (z. B. aus Nr. 30) fälligen Sachgebühr darf nicht außerdem noch die Verfahrensgebühr (Nr. 79) erhoben werden. Aber diese Erläuterung war doch nicht eingehend genug, um auch die letzten Auswirkungen zu klären, mit denen die tägliche Übung allein zu tun hat. Ein größeres StadtVerwGer. hat z. B. bis in die jüngste Zeit einerseits den Kläger oder den Beklagten in die „Kosten des Verfahrens" verurteilt, andererseits aber an diesen Urteilssatz jeweils einen „Vorbehalt" für die vom Kläger nach der VerwGebO. statt dessen zu entrichtende „Verwaltungsgebühr" angehängt. Es mag Gerichte geben, die auch heute noch in Erlaubnissachen über die „Kosten des Verfahrens" nach §§ 103—107 LVG. im Urteilstenor entscheiden. Zwischen den einzelnen Sprengeln besteht ja leider kein Austausch.

II. Gestaltung der Sachgebühr und der Auslagen

a) Umgekehrter Belastungsgrundsatz. — Nach dem neuen § 14a VerwGebO. darf es ein solches Nebeneinander oder Übereinander der beiden Gebühren und ihrer Erhebungsformen überhaupt nicht mehr geben. Denn bei der Entscheidung über ein Erlaubnisbegehren wird der Antragsteller nicht nur dann von der Sachgebühr betroffen, wenn er die Erlaubnis erhält, sondern auch dann, wenn sie ihm versagt wird, im letzteren Falle allerdings nur bis zur halben Gebühr. Demgemäß ist die Verfahrensgebühr (Pauschsatz) völlig verdrängt. Dann bleibt aber auch für eine Kostenentscheidung im Urteil kein Raum mehr. Weder über die behördlichen Verfahrenskosten darf entschieden werden, noch über die behördlichen Auslagen. Nicht nur die PauschsatzVO., auch die Bestimmungen des LVG. sind insoweit nicht mehr anwendbar. Dann entfällt natürlich im gleichen Umfange auch die Festsetzung des Streitwertes. (Der Streitwert muß allerdings aus einem anderen Grunde doch im Tenor erscheinen; darüber unter f.) An die Stelle der alten Kostenentscheidung tritt aber nicht etwa im Tenor die Entscheidung über die Sachgebühr, der Platz bleibt vielmehr leer. Davon wird unter b die Rede sein.

In dieser grundlegenden Wandlung steckt aber mehr als ein bloßer Wechsel der einschlägigen Tarifstelle und der Entscheidungsform, also mehr, als letzten Endes ein anderes Rechnungsergebnis. Nach der bis 1936 geltenden Tarif-Nr. 79 war ja die PauschsatzVO. im Streitverfahren stets als ein Ganzes anzuwenden. Zu ihrer gedanklichen Einbettung gehört aber vor allem der aus § 103 LVG. folgende Aufbürdungsgrundsatz, wonach die unterliegende Partei ohne weiteres die Gerichtskosten zu tragen hat und die obsiegende frei ausgeht, während die jetzt allein zulässige Sachgebühr in voller Höhe umgekehrt gerade den trifft, der die Erlaubnis im Streitverfahren erwirkt hat, und nur mit einem Bruchteil den, der mit seinem Antrag abgewiesen wurde. Wer im Kostengedanken des § 103 LVG. aufgewachsen ist, wird sich den ab 1936 geltenden neuen Rechtszustand nur dann zu eigen machen können, wenn er die verfahrensmäßige Aufbürdungsregel ganz über Bord wirft. Die neue Regelung hat sich bewußt von ihr losgesagt, notgedrungen, denn für eine doppelte Gebühr sollte kein Raum bleiben. Auch die Sachgebühr beruht ja schließlich auf einem ganz gesunden Gedanken: Wer zu seinem Vorteil eine staatliche Gewährung erwirkt, gleichgültig ob erst nach gewonnenem Streit, soll für das Erlangte etwas bezahlen; wer aber dabei nicht zu seinem Ziele kommt, soll für den unnötigen Aufwand einen Teil davon bezahlen! Bei dieser Betrachtungsweise muß man eben das Gerichtsverfahren und seinen Aufwand, als wäre das ganze Prozessieren nur ein Durchgangsweg, ganz hinter das Ziel des Antrages und des Verfahrens zurücktreten lassen. War die Verfahrensgebühr darauf abgestellt, den Streit um die Konzession zu treffen, so will die Sachgebühr die erstrittene Konzession selbst treffen. Dann aber müssen die alten Vorstellungen von der Kostenlast des Unterliegenden und von der Kostenfreiheit des Obsiegenden das Feld räumen.

b) Festsetzung der Gebühr und Anfechtung. — Daraus darf nun aber keineswegs gefolgert werden, der ganze Abschnitt des LVG. über die „Kosten im Verwaltungsstreitverfahren" sei im Erlaubnisbereich gegenstandslos geworden. Vielmehr haben nur diejenigen Bestimmungen ihre Anwendbarkeit verloren, in denen der ungültig gewordene Aufbürdungsgrundsatz zum Ausdruck kommt, also die Belastung des Unterliegenden im Urteil (§ 103 Abs. 1), die Streitwertfestsetzung im Urteil (§ 103 Abs. 2), die Belastung des Obsiegenden mit den durch sein Verschulden entstandenen Kosten und Auslagen (§ 104), der Ausschluß der selbständigen Anfechtung der Kostenentscheidung (§ 105) und die Erhebung des Kostenpauschquantums (§ 106). Die Vorschriften des LVG. über die weitere Behandlung der Kosten, die sich an die Kostenentscheidung anschließt, also die Vorschriften über die dem Urteil nachfolgende Kostenfestsetzung (§ 108 Abs. 1) und über ihre Anfechtung (§ 108 Abs. 2), sind nach wie vor auch auf die Sachgebühr anzuwenden. Diese Sachgebühr wendet zwar ihr Gesicht nicht dem Streitverfahren zu, sondern dem sachlichen Streitergebnis, aus dem heraus nunmehr der Kostenpflichtige und die Höhe seiner Kostenlast bestimmt wird, aber trotzdem steht sie mit den Füßen im Verfahren selbst. Sie wird ja nicht etwa im Anschluß an ein Gerichtsverfahren für eine dann nachfolgende Amtshandlung erhoben, sondern im Gerichtsverfahren für die Entscheidung, die, wie es im § 14a heißt, über eine gebührenpflichtige Angelegenheit (Erlaubniserteilung) im Verwaltungsstreitverfahren ergeht. Insofern gehört auch die Sachgebühr zu den „Gerichtskosten" im weiteren Sinne. Denn sie unterscheidet sich von der Verfahrensgebühr nicht im Wo?, sondern im Wofür?

Daraus ergibt sich zunächst für die Form der Gebührenerhebung: Die Sachgebühr ist im Anschluß an die sachliche Entscheidung vom Vorsitzenden in einem besonderen Beschluß festzusetzen (OVG. v. 16. März 1933: RVerwBl. 1934, 1057). Dieser Festsetzungsbeschluß bestimmt nicht nur die zahlenmäßige Höhe der Gebühr, sondern auch den Zahlungspflichtigen. Nach § 14a ist dies immer der „Antragsteller", mag er gewonnen oder verloren haben. Es ist unzulässig, diese Gebührenfestsetzung zum Grund oder gar zur Höhe im Urteilstenor selbst vorzunehmen. Sie gehört nicht hinein, weil es sich dabei um einen reinen Verwaltungsakt handelt, worüber nicht das Gericht, sondern der Vorsitzende allein zu entscheiden hat. Es würde sich auch nur um eine äußere Verbindung zweier verfahrensrechtlich verschiedener Entscheidungen handeln (OVG. a. a. O.). Weiterhin gilt für die Anfechtung dieses Beschlusses: Die sonst gegen die Gebührenerhebung ganz allgemein in § 11 VerwGebO. vorgesehene Aufsichtsbeschwerde kann hier nicht stattfinden, weil durch § 108 Abs. 3 LVG. gerade im Verwaltungsstreitverfahren die Anfechtung „anders" geregelt ist (§ 11 VerwGebO. räumt einer „abweichenden Regelung" ausdrücklich den Vorrang ein). Sonst müßte die Beschwerde an den RegPräs. gehen, dem aber gegenüber den Gerichten nur ein eng begrenztes Dienstaufsichtsrecht zusteht. Vielmehr hat über die Beschwerde das BezVerwGer. zu entscheiden. Gegen dessen in der Berufungsinstanz ergehende Kostenfestsetzungen ist gleichfalls die Beschwerde (an das OVG.) gegeben, obgleich seine Entscheidungen zur Hauptsache endgültig sind (OVG. a. a. O.). — Solche Beschwerden gegen

die Gebührenfestsetzung kommen aber in der Praxis sehr selten vor, weil die Betroffenen nicht etwa über die Höhe, sondern über die Geringfügigkeit der Gebühr „betroffen" sind, wovon noch die Rede sein wird.

c) Die Gebührenarten. — Folgende Gebührenarten sind nach der VerwGebO. zu unterscheiden:

1. Gebühr für die Erlaubniserteilung: voll;
2. Ablehnungsgebühr: $^1/_{10}$ bis $^1/_2$;
3. Rücknahmegebühr: $^1/_{10}$ bis $^1/_4$;
4. Rechtsmittelgebühr: Die um $^1/_2$ erhöhte Ablehnungsgebühr.

Bei Ablehnung und Rücknahme kann Gebührenfreiheit gewährt werden, wenn entschuldbare Unkenntnis oder Unwissenheit vorliegt. Sonst ist Herabsetzung bis auf 0,50 *RM* nur im Bedürftigkeitsfalle möglich; die baren Auslagen sind aber immer zu erstatten. Die Beitreibung erfolgt im Verwaltungszwangsverfahren. Die Rechtsmittelgebühr kann in 2. Instanz nur dann erhoben werden, wenn der Antragsteller in 1. Instanz abgewiesen war und seine Berufung ebenfalls verworfen wird. Gewinnt er nämlich die Berufung, dann zahlt er nur die eigentliche Erlaubnisgebühr der 1. Instanz. War aber die Berufung von der Gegenseite eingelegt, dann ist eine Rechtsmittelgebühr in keinem Falle zu erheben, weil der Bewerber den 2. Rechtszug nicht „veranlaßt" hatte.

d) Die baren gerichtlichen Auslagen. — Nach § 14a VerwGebO. werden auch die bei Gericht entstandenen Auslagen ausschließlich nach der VerwGebO. erhoben. Sie sind also nicht gemäß § 103 LVG. dem unterliegenden Teil aufzuerlegen, sondern ebenfalls stets vom Antragsteller einzufordern, mag er obsiegen oder unterliegen. Für den Ausspruch im Urteil bleibt also auch hier kein Raum. Sie werden zugleich mit der Gebühr vom Vorsitzenden festgesetzt. Zu erstatten sind aber nach § 12 VerwGebO. nur die „besonderen" Auslagen, z. B. für Dienstreisen, Gutachten, Zeugengebühren usw. Die „gewöhnlich" entstehenden Auslagen für Porto, Schreibmaterialien, Vordrucke usw. sind bereits durch die Gebühr abgegolten. Man wird auch die üblichen Zustellungskosten dazu zu rechnen haben. In Sachen ohne Beweisaufnahme kommen also Verfahrensauslagen kaum vor. Der Antragsteller kann von solchen Auslagen freigestellt werden, die durch unbegründete Einwendungen des Kommissars usw. entstanden sind.

e) Die baren Auslagen des obsiegenden Teiles. — Nach § 103 LVG. sind sie im Urteil ebenfalls dem unterliegenden Teil aufzuerlegen und nach § 108 Abs. 2 vom Vorsitzenden der 1. Instanz festzusetzen, der dabei zu bestimmen hat, inwieweit sie „erforderlich" waren und demgemäß erstattungsfähig sind. Es fragt sich, ob für diese urteilsmäßige Abbürdung auf den Gegner heute noch Raum bleibt. Man muß die Frage um deswillen bejahen, weil die Kostenregelung der §§ 103—109 LVG. vor der Sachgebühr ja nur insoweit hat zurückweichen müssen, als die VerwGebO. eingreift. Diese regelt nun aber außer der eigentlichen Sachgebühr nur die behördlichen Auslagen, spricht aber nicht von der Erstattung der Parteiauslagen, die durch das Verwaltungsstreitverfahren entstanden sind. Wenn Freisler-Grauert (Bd. IIa Nr. 26 S. 79) aus diesem Schweigen den Schluß zieht, die VerwGebO. lehne im Gegensatz zu § 103 LVG. die Erstattung von baren Auslagen des Antragstellers ab und das gleiche müsse daher im Rahmen des § 14a gelten, dann kann dem nicht gefolgt werden. Die VerwGebO. hat ihre gesetzliche Grundlage im VGG. von 1923. Dieses Gesetz läßt aber die Vorschriften des LVG. über die Parteiauslagen unberührt. Die VerwGebO. kann über diesen gesetzlichen Rahmen nicht hinausgreifen, tut es auch nicht. Demnach ist der Erstattungsanspruch des Obsiegenden im Urteil auszusprechen, sei es des Antragstellers, sei es (z. B. in der 2. Instanz) des Kommissars, der Polizeibehörde, der Wirtschaftsgruppe usw. Es wäre auch unbillig, wenn z. B. der in 2. Instanz obsiegende Kläger auch noch auf seinen Anwalts-, Reisekosten usw. sitzenbleiben sollte, obgleich er ohnedies bereits mit einer Sachgebühr belastet ist. Erst recht gilt dies aber im umgekehrten Falle für die Auslagen der behördlichen Vertreter usw., wenn die in 1. Instanz erteilte Konzession auf deren Betreiben in der 2. Instanz endgültig versagt worden ist.

Im RdErl. v. 31. Mai 1937 (RMBliV. 939) wird allerdings die gegenteilige Auffassung vertreten: im Rahmen des § 14a VerwGebO. soll im Verwaltungsstreitverfahren eine Erstattung von Auslagen der obsiegenden Partei überhaupt nicht mehr stattfinden. Auch in einem auf Anfrage ergangenen, nicht veröffentlichten MinErl. v. 20. Juli 1937 wird (unter Verweisung auf Freisler-Grauert a. a. O. und auf OVG.: RVerwBl. 1936, 660) im gleichen Sinne gesagt, durch § 14a sei der § 103 bzw. 108 Abs. 2 LVG. aufgehoben. Dem kann nicht zugestimmt werden, weil es insoweit an einer gesetzlichen Ermächtigung fehlt. Leider wird es kaum möglich sein, diese grundsätzliche Frage, die über den Gebührenbereich hinausgreift, dem OVG. zur Entscheidung zuzuleiten. Eine baldige Klärung wäre aber dringend notwendig, um einer unterschiedlichen Handhabung vorzubeugen, notfalls müßte eine gesetzliche Neuregelung erfolgen.

f) Die Urteilsformel. — Dann muß aber auch ein Streitwert bestimmt werden, weil z. B. Anwaltskosten sonst nicht festgesetzt werden könnten. Der Streitwert kehrt also auf diesem Wege doch wieder in die Urteilsformel zurück. Er ist jedoch nicht in Höhe des „Wertes des Gegenstandes" zu bestimmen, der hinterher für die Sachgebühr maßgebend ist, z. B. in Gaststättensachen nach Tarif-Nr. 30 die 150fache Monatsmiete, sondern nach der PauschsatzVO. als frei geschätzter „Kapitalswert", also je nach der örtlichen Übung z. B. in Höhe der achtfachen Monatsmiete. Das ist ein großer Unterschied! Es gibt dann also zwei verschiedene Ausgangswerte: den Wert des gesamten „Gegenstandes" für die Sachgebühr und das geringere „Streitobjekt" für die Auslagenerstattung. Darin liegt kein Widerspruch, denn der Wert des Gegenstandes ist begrifflich etwas anderes als der Verfahrensstreitwert. —

Faßt man die Darlegungen unter II zusammen, dann ergibt sich etwa folgende Urteilsformel, anschließend an den sachlichen Entscheidungssatz: „Dem (unterlegenen) Beklagten werden die dem Kläger erwachsenen notwendigen baren Auslagen nach einem Streitwert von . . . zur Last gelegt. Gegen dieses Urteil usw." — oder aber: „Dem (abgewiesenen) Kläger werden die dem Beklagten erwachsenen usw." Von der Sachgebühr und von den gerichtlichen Auslagen ist also im Urteil überhaupt nicht die Rede. Es wäre auch überflüssig, einen Verwaltungsakt, der ohnedies nachfolgen muß, und der nicht zur gerichtlichen Entscheidung gehört, im voraus anzukündigen.

In der 1. Instanz kommen nun aber erstattungsfähige Parteiauslagen so gut wie gar nicht vor, wenigstens nicht in den Städten. Es hat daher hier wenig Sinn, den Antragsteller im Urteil zur Anmeldung von Kosten zu ermuntern, die hinterher unbesehen gestrichen werden müßten. In der 1. Instanz könnte daher im Einzelfall oder im allgemeinen die Entscheidung über die Auslagenerstattung unbedenklich fortgelassen werden. Darüber entscheiden die örtlichen Erfahrungen. In der 2. Instanz ist aber gerade dieser Urteilssatz von erheblicher praktischer Bedeutung, weil die Parteiauslagen oft ein Vielfaches der ganzen Sachgebühr ausmachen. Hier ist er unerläßlich.

III. Hier Sachgebühr, dort Verfahrenskosten

A. Sachgebühr statt Verfahrenskosten:

1. In Gaststättensachen: für die Entscheidung über rechtsbegehrende Anträge.

Den Kreis- (Stadt-) VerwGer. sind sämtliche Aufgaben der erstinstanzlichen Erlaubnisbehörde zur Behandlung im Verwaltungsstreitverfahren zugewiesen, also nicht nur die Gewährungs-, sondern auch die Entziehungs- und Belastungsentscheidungen (VO. v. 6. Febr. 1934 [GS. 59]). Zunächst beschäftigen uns nur die ersteren. Da sie bereits oben als Vorbild gedient haben, genügen zwei Ergänzungen.

a) Sachliche Gebührenpflicht. — Die ge-

bührenpflichtigen Entscheidungen sind in Tarif-Nr. 30 I d erschöpfend aufgezählt. Sie betreffen: die eigentliche Betriebserlaubnis nach § 1 GG. (volle Gebühr), die Stellvertretungserlaubnis nach § 6 GG. (½ Gebühr) und die Fristverlängerungen und Fristungen nach § 4 GG. (¼ Gebühr). Die sog. „Zusatzerlaubnisse" sind nicht besonders aufgeführt, z. B. Betriebserweiterungen in Hinsicht auf Getränke, Raum, Zeit oder Personenkreis, ferner Betriebseinschränkungen, Änderungen der Betriebsart oder der Bauanlage. Sie sind aber, wie sich unter B 3 zeigen wird, nicht etwa nach Abschnitt II der Nr. 30 zu behandeln, wo von „sonstigen Erlaubnissen" die Rede ist, sondern sinngemäß nach Nr. 30 I d. Die Mindestgebühr von 10 RM wird dabei kaum einmal überschritten werden.

b) Berechnung der Gebühr. — Zur Höhe bestimmt Nr. 30 I d: Die Erteilung der Betriebserlaubnis (§ 1 GG.) ist mit einer Gebühr in Höhe von 1 vom Tausend des „Betriebsvermögens" zu belegen. Es heißt dann weiter: „Der Wert des Betriebsvermögens ist der Einheitswert des gewerblichen Betriebes zuzüglich des Wertes der gemieteten und gepachteten Gegenstände; dieser Wert (!) ist das 12½fache des Jahresmiet- oder -pachtzinses." Dieser Satz ist für die Praxis von jeher ein Rätsel gewesen. Nach Freisler-Grauert a. a. O. S. 47 soll damit gesagt werden: Betreibt der Eigentümer selbst die Wirtschaft im eigenen Hause, dann ist allein der Einheitswert des Betriebes maßgebend; hat er ausnahmsweise fremde Räume, bewegliche Sachen oder Rechte hinzugemietet oder -gepachtet, dann ist der 12½fache Jahresmiet- oder -pachtzins zum Einheitswert hinzuzuzählen. Wird aber, was in Großstädten die Regel ist, die Wirtschaft von einem Pächter betrieben, der die Räume und u. U. auch das Inventar gemietet oder gepachtet hat, dann ist statt des Einheitswertes immer nur das 12½fache seines gesamten Jahresmiet- oder -pachtzinses in Ansatz zu bringen. Diese Sinngebung ist vernünftig, sie kann aber aus dem Text nur dann herausgelesen werden, wenn man sie kennt. — Die Rechnungsergebnisse sind keineswegs ausgeglichen. So hat z. B. der Pächter, der in der Großstadt für eine schon ziemlich ansehnliche Bierwirtschaft eine Monatsmiete von 120 RM zahlt, für die Erlaubnis eine Gebühr von 18 RM zu entrichten. Wird er nach langem Streit abgewiesen, dann zahlt er für den ganzen Aufwand höchstens 9 RM. Die Parteien werden sich wundern, wie billig die Gerichte arbeiten. Es macht nicht einmal einen Unterschied, ob es sich um die Errichtung eines ganz neuen Betriebes oder um einen bloßen Besitzwechsel handelt. Eine Fristung, die oft über den Weiterbestand des Betriebes entscheidet, würde im obigen Beispiel 4,50 RM kosten, die Ablehnung aber höchstens 2,25 RM, selbst wenn lange verhandelt worden war. Die polizeiliche Vorerlaubnis nach § 7 GG., mag sie noch so selbstverständlich sein, um z. B. einen örtlich unentbehrlichen Betrieb nicht stillzulegen, kostet wieder 18 RM. Die Unstimmigkeiten können nur angedeutet werden. Jedenfalls hat die „Kostenlast" hier ihre Schrecken verloren.

2. In Versteigerersachen: ebenfalls für die Entscheidung über rechtsbegehrende Anträge.

Dieses Gewerbe ist reichsrechtlich geregelt durch das VerstG. v. 16. Okt. 1934 und durch die Versteigerervorschriften v. 30. Okt. 1934. Zur Durchführung sind die Preuß. VerstBest. v. 3. Dez. 1934 (GS. 439) ergangen, worin die Kreis- (Stadt-) VerwGer. als Erlaubnisbehörden bestimmt sind. Zur einheitlichen Gebührenregelung hat das Reich am 31. Juli 1935 (RGBl. 1061) eine eigene GebO. erlassen, die heute anzuwenden ist. Die PrVerwGebO. wurde 1936 hieran angeglichen, indem einerseits, wie oben dargetan, der neue § 14a und der 2. Satz der Tarif-Nr. 79 eingefügt, weiterhin aber in Tarif-Nr. 77 unter dem Kennwort „Versteigerer" bestimmt wurde: „Es gelten die reichsrechtlich geregelten Gebührensätze." Da die Kreis- (Stadt-) VerwGer. auch hier im Verwaltungsstreitverfahren entscheiden, darf für die in der RGebO. mit bestimmten RM-Rahmensätzen aufgeführten 14 Amtshandlungen neben der reichsrechtlichen Sachgebühr eine Verfahrensgebühr nicht erhoben werden: Die PauschsatzVO. von 1926 ist nicht anwendbar. Die Rechtslage ist danach die gleiche, wie oben für die Gaststättensachen dargelegt; an die Stelle der Tarif-Nr. 30 I d tritt lediglich die Nr. 77 mit ihrer Verweisung auf die Reichsrahmensätze. Das Betriebsvermögen ist also hier nicht maßgebend. Bis zum Erlaß eines RGebG. sind die §§ 1—15 PrVerwGebO. ergänzend anzuwenden. Die RGebO. von 1935 regelt auch die Ablehnungs-, die Zurücknahme- und die Rechtsmittelgebühr und zwar annähernd im Sinne der PrVerwGebO. Auf die obigen Darlegungen kann daher zusammenfassend verwiesen werden. Demnach ist in der Formel des Urteils, das über einen auf Rechtsgewährung abzielenden Antrag ergeht, auch hier nur Raum für die Abbürdung der Auslagen des obsiegenden Teiles und insofern für die Streitwertfestsetzung.

B. Verfahrenskosten ohne Sachgebühr:

1. In Gaststättensachen: für das Rechtsentziehungsverfahren.

Die alte Verfahrensgebühr (Pauschsatz) ist, wie unter II a gezeigt wurde, nur insoweit von der Sachgebühr verdrängt worden, als es sich um Anträge handelt, die auf einen im Tarif unter Gebührenpflicht gestellten Gewährungsakt abzielen. Handelt es sich dagegen um ein Verfahren, das auf Rechtsentziehung, Rechtsschmälerung oder auf eine Belastung des Erlaubnisinhabers abzielt, kurz um ein Entziehungsverfahren, dann kommt natürlich eine Sachgebühr nicht in Frage. Denn ein solches Verwaltungsstreitverfahren richtet sich ja gegen den Erlaubnisinhaber. Er ist wohl in letzter Linie auch „Veranlasser", aber nicht „Antragsteller", denn er begehrt nichts, sondern er wehrt sich. Derartige Entziehungsverfahren sind im Gaststättenrecht in folgenden Fällen vorgesehen: Erteilung von Auflagen (§ 11 Abs. 1 GG.), Zurücknahme der Erlaubnis (§ 12), Untersagung des Kleinhandels mit Bier oder Wein, des Milchausschankes im Falle des § 9 und des Speisewirtschaftsbetriebes (§ 13 Abs. 1), Untersagung der Beschäftigung von leitenden Angestellten (§ 17 Abs. 1 Satz 1), vorläufige Schließung des Betriebes (§ 22 Abs. 2). In dieser Reihe steht — vermutlich nur aus Versehen — an letzter Stelle auch die Verlängerung der dreijährigen Betriebsruhe für realberechtigte Wirtschaften (§ 24 Abs. 1 Satz 2), obgleich es sich um einen rechtsgewährenden Akt handelt, der eigentlich unter die Sachgebühr der Tarif-Nr. 30 I d fallen müßte.

In allen diesen Fällen greift der erste Satz der Tarif-Nr. 79 ein: Die PauschsatzVO. ist anzuwenden. Es ist also eine ordnungsmäßige Kostenentscheidung im Urteil zu treffen. Die §§ 103 ff. LVG. sind dabei ohne Einschränkung anzuwenden.

2. In Versteigerersachen: ebenfalls für das Rechtsentziehungsverfahren.

Auch hier reicht das Vorrecht der Sachgebühr über den in der RGebO. von 1935 gezogenen Rahmen nicht hinaus. In allen gegen den Versteigerer durchgeführten Verwaltungsstreitverfahren ist also die PauschsatzVO. und das LVG. ungeschmälert anzuwenden, insbesondere also im Entziehungsverfahren.

3. In Milchhandelssachen: für die Entscheidung über rechtsbegehrende Anträge und für das Entziehungsverfahren.

Die Milchhandelssachen nehmen in dieser Reihe eine Sonderstellung ein. Ihre gewerbepolizeiliche Regelung schließt sich zwar eng an die des Gaststätten- und des Versteigererwesens an. Auch verfahrensrechtlich sind sie gleichgeschaltet, da über die Erteilung der Handels- und der Stellvertretungserlaubnis und über ihre Zurücknahme in Preußen ebenfalls die Kreis- (Stadt-) VerwGer. im Verwaltungsstreitverfahren entscheiden. Trotz dieser inneren Verwandtschaft gehen sie aber gebührenrechtlich einen anderen Weg. Sie sind nämlich im Tarif der PrVerwGebO. überhaupt nicht

aufgeführt, weder mit eigenen Gebührensätzen noch durch eine Verweisung. Auf der Suche nach einem Ausweg hat die Praxis mitunter auf den bereits erwähnten Abschnitt II der Tarif-Nr. 30 zurückgegriffen, wo „sonstige Erlaubniserteilungen (auch gewerblicher Art) zum unmittelbaren Nutzen der Beteiligten" mit *RM*-Rahmensätzen vorgesehen sind. Dem Sinn dieser offenbar für unvorhergesehene Reste erlassenen Sammelvorschrift entspricht dies aber sicherlich nicht. Die Milchsachen mit ihrer volks- und privatwirtschaftlichen Bedeutung und mit ihrer verfahrensrechtlichen und stofflichen Ausprägung passen in dieses farblose „Insgemein" einfach nicht hinein. Sie werden ja auch nicht von „Orts-, Mittel- und Zentralbehörden" behandelt. Ihre Nichterwähnung im Tarif zwingt vielmehr zu dem Schluß: Sie sind nicht sachgebührenpflichtig. Nach Tarif-Nr. 79 Satz 1 wäre daher die PauschsatzVO. von 1926 anzuwenden, also mit urteilsmäßiger Kostenentscheidung nach §§ 103 ff. LVG. Dies gilt, abweichend von den Gaststätten- und Versteigerersachen, nicht nur für das Entziehungsverfahren, sondern auch für die Entscheidung über die Erlaubniserteilung selbst, einschließlich der Besitzwechsel- und Verlegungsfälle.

Das Ergebnis ist höchst unerfreulich. Ein innerer Grund für diese abweichende Behandlung ist nicht ersichtlich. Die Lücke sollte baldigst ausgefüllt werden. Jedenfalls aber ist eine Klärung erforderlich.

4. Im Verfahren über behördliche Eingriffe in die Lehrlingshaltung nach §§ 126 a, 128 GewO.

Gemäß VO. v. 19. Aug. 1897 (GS. 401) war der frühere Kreis- (Stadt-) Ausschuß zur Entscheidung berufen, wenn der Landrat (bzw. die Gemeindebehörde) einem Gewerbetreibenden die Befugnis zum Halten und zur Anleitung von Lehrlingen nach § 126 a GewO. ganz entzogen oder nach § 128 eingeschränkt hatte und der Gewerbetreibende Klage dagegen erhob. Diese Zuständigkeit ist nach § 2 AnpG. bei den Kreis- (Stadt-) VerwGer. geblieben. Im Falle des § 126 a greift allerdings, wenn es sich um einen in die Handwerksrolle eingetragenen Gewerbetreibenden handelt, ein ehrengerichtliches Verfahren bei der Handwerkskammer vor (VO. v. 15. Juni 1934 [RGBl. 493]).

5. In allen Streitsachen, die der Vorauszuständigkeit des KreisVerwGer. unterliegen.

Von jeher waren dem Kreisausschuß gewisse Streitsachen zugeteilt, für die es im Stadtbereich eine entsprechende Zuständigkeit des Stadtausschusses nicht gab. Diese Gabelung der Zuständigkeiten besteht auch heute noch. — Das KreisVerwGer. hat vor dem StadtVerwGer. eine solche Vorauszuständigkeit zunächst in dem ihm durch das ZustG. zugewiesenen Streitsachen über die Teilnahme an den Gemeindenutzungen und an den Gemeinde- und Schullasten, ferner in Sachen der Wegepolizei, der Armenlasten im Gutsbezirk usw. Ergänzend greift die DGemO. ein, z. B. § 29 über das Recht zur Mitbenutzung der öffentlichen Gemeindeeinrichtungen. — Die gleiche Vorgabe ist dem KreisVerwGer. in den nachstehend angedeuteten gewerbepolizeilichen Streitsachen sowohl durch das ZustG. wie durch besondere VO. eingeräumt. Es handelt sich dabei um behördliche Eingriffe, die bereits verfügt wurden oder die die Behörde auf dem Klagewege erst begehrt, sei es durch Versagung oder Zurücknahme einer Erlaubnis, sei es durch Untersagung oder Beschränkung einer sonst freien Gewerbebetätigung:

a) Erlaubnisversagung und Verbot der Druckschriftenverbreitung (§ 116 ZustG.),

b) Untersagung der in den §§ 35, 35 b und 37 GewO. genannten Betriebe: Tanz-, Turn-, Schwimmunterricht, Trödelhandel usw., Handel mit Gegenständen des täglichen Bedarfes und sog. Straßengewerbe (§ 119 Ziff. 1 ZustG.),

c) Zurücknahme der Erlaubnis zum Betrieb der Pfandleihe und des Gifthandels (§ 119 Ziff. 2),

d) desgleichen zu Singspielen und zum Stadthausiergewerbe (§§ 33 a, 42 b GewO. und VO. v. 31. Dez. 1883 [GS. 1884, 7]),

e) desgleichen zum Bewachungsgewerbe (§ 34 a GewO. und VO. v. 24. April 1927 [GS. 78]).

In allen diesen Fällen ist also wohl das KreisVerwGer. zuständig, nicht aber im gleichen Falle auch das StadtVerwGer. Im städtischen Bereich entscheidet vielmehr in 1. Instanz nach wie vor das BezVerwGer. In allen diesen Streitsachen werden ausschließlich Verfahrenskosten erhoben.

IV. Gewerbliche Anlagen des § 109 ZustG. (im Beschlußverfahren): Sachgebühr

Dieses letzte Zuständigkeitsgebiet der Kreis- und StadtVerwGer. wird anhangsweise mitaufgeführt, obgleich es außerhalb des hier gezogenen Rahmens liegt. Denn die Entscheidung über die Errichtung und Veränderung gewerblicher Anlagen nach §§ 16 ff. GewO. ist ausnahmsweise nicht im Verwaltungsstreitverfahren, zu fällen, sondern im alten Beschlußverfahren, dem hier durch § 12 AnpG. ein letzter Rest der alten Geltung im Kollegialverfahren eingeräumt ist. Einige Stichworte müssen daher genügen: Nach § 22 GewO. sind, abweichend von § 124 LVG., die Verfahrenskosten stets vom Unternehmer zu tragen, allenfalls von einem widersprechenden Dritten. Unter diese Verfahrenskosten fallen jedoch nach Ziff. 33 der AusfAnw. zur GewO. nur die behördlichen Auslagen und die Parteiauslagen des Obsiegenden. Ist demnach eine der Parteien (der Unternehmer oder der Widersprechende) gemäß § 22 GewO. in die Kosten des Verfahrens verurteilt worden, so hat sie (abweichend von § 124 Abs. 1 LVG.) dem Gegner auch die baren Parteiauslagen zu ersetzen, worunter auch die Anwaltskosten fallen. Das Gericht setzt diese „Kostenverteilung" nach freiem Ermessen fest. Hier ist also eine Abbürdung der Parteiauslagen ausdrücklich vorgesehen.

Außerdem ist in Tarif-Nr. 2 der PrVerwGebO. eine Sachgebühr vorgesehen für die Anlagegenehmigung selbst, für ihre Versagung, für den in zweiter und letzter Instanz ergehenden Rekursbescheid des Ministers und für die erwähnte „Kostenverteilung". Die volle Gebühr für die Genehmigung beträgt z. B. 2 vom Tausend der Anlagekosten. Sie trifft immer den Unternehmer und richtet sich im einzelnen nach § 14 VerwGebO.

V. Ergebnis und Anregungen

Wenn man die unter III und IV behandelten Sachgebiete, aus denen sich der Zuständigkeitsbereich der Kreis- (Stadt-) VerwGer. zusammensetzt, nach der Zahl der Anträge und nach ihrer Aufwendigkeit bemißt, dann erweist sich das Gaststättengebiet als das bei weitem beherrschende. Sein Bereich wird aber wiederum von den eigentlichen Erlaubnisanträgen fast völlig ausgefüllt. Da die bodenständigen Versteigerer- und Milchhandelsbetriebe inzwischen übergeleitet sind, somit also in der Hauptsache nur vereinzelte Verlegungs- und Besitzwechselfälle anfallen, da ferner die Anlagegenehmigungen nach §§ 16 ff. GewO. im allgemeinen wenig vorkommen, die unter III B 4, 5 genannten Gewerbeeingriffe aber nur ganz vereinzelt, weist ein größeres StadtVerwGer. jetzt folgende Beschäftigungsziffer auf: Annähernd 95% aller Anträge und der gesamten Arbeit entfallen auf Gaststättensachen und zwar auf die Erlaubnisanträge. Die in der Überschrift gestellte Frage, die manchem als kühn erschienen sein mag, muß daher mit geringfügigen Einschränkungen verneint werden: Verfahrenskosten im Verwaltungsstreitverfahren gibt es bei den unteren Gerichten tatsächlich nur noch in Ausnahmefällen. (Die mitgeteilte Beschäftigungsziffer hat aber darüber hinaus eine richtunggebende Bedeutung: Bei der Planung des Neuaufbaues der unteren Verwaltungsgerichtsbarkeit könnte sie einen neuen Ausgangspunkt abgeben!) —

Die Sachgebühr bringt natürlich im geldlichen Er-

gebnis ein wesentlich erhöhtes Aufkommen. Wohl hätte der abgewiesene Gastwirt nach der PauschsatzVO. weitaus höhere Verfahrenskosten zu entrichten, z. B. im obigen Beispiel 30 bzw. 45 *RM*, während er nach der VerwGebO. heute nur 9 *RM* bezahlt. Aber dieser Ausfall verschwindet neben dem Neuaufkommen an Sachgebühren, die der obsiegende Gastwirt, noch dazu willig und gern, für seine Erlaubnis entrichtet, also z. B. in der Großstadt für die zahlreichen glatten Besitzwechselfälle. — Unbefriedigend ist gleichwohl die schonende Behandlung des abgewiesenen Antragstellers, der höchstens zur halben Sachgebühr herangezogen werden kann, obgleich häufig genug gerade er einen Berg von Arbeit verursacht hat. Es wäre de lege ferenda zu überlegen, ob man sich hier nicht doch wieder dem alten Kostengedanken annähern sollte, vielleicht sogar durch irgendeine Verkoppelung der beiden Belastungsgrundsätze. — Die Sachgebühr ist überhaupt auffallend niedrig bemessen. Beispiele wurden oben gebracht. Ein Schankwirt, der für die Erlangung einer Bierwirtschaft an den Staat schließlich 12—18 *RM* entrichtet, vielleicht genau soviel, wie er für das Anstreichen des neuen Schildes hat bezahlen müssen, wird eine geringe Meinung vom Wert der behördlichen Arbeit und Leistung bekommen, zumal wenn er bei der Verhandlung sein angeschwollenes Aktenstück sieht. Eine Erhöhung wäre ohne weiteres angebracht. — Eine gewisse Veredelung und Auswägung der Gebühr wäre gleichfalls wünschenswert. Es ist z. B. unbillig, wenn für den gewöhnlichen Besitzwechsel, auch für den unter Verwandten, die gleiche Gebühr erhoben wird, wie für die „Neugeburten", die sich eben noch durch die schmale Pforte der Sperre hindurchgezwängt haben usw. — Die baren Parteiauslagen des Obsiegenden sollten aber unter allen Umständen erstattungsfähig sein, zum mindesten im ohnehin engen Rahmen des bisher Zulässigen. Schon nach heutiger Rechtslage hat der Obsiegende darauf einen begründeten Anspruch, den die Gerichte nicht gut übergehen können. —

Die Pension der Witwe des ungetreuen Beamten

Von Senatspräsident Dr. Rumpf, Danzig

Das RG. hat in seinem Urteil v. 25. Mai 1937 (JW. 1937, 2531 [27]) der Witwe eines ungetreuen Beamten, der vor Abschluß des Disziplinarverfahrens freiwillig aus dem Leben geschieden war, die Pension in voller Höhe zugesprochen und die Einwendungen der geschädigten Stadt mit der Begründung zurückgewiesen, daß für die Beamten und ihre Hinterbliebenen die Einwirkung von Straftaten und disziplinarischen Vergehen auf die Gehalts- und Versorgungsansprüche in den Straf- und Disziplinargesetzen erschöpfend geregelt sei; die im Disziplinarverfahren ausgesprochene Dienstentlassung des Beamten bewirke zwar auch den Verlust der Hinterbliebenenansprüche; ohne ein solches gestaltendes Urteil des Dienststrafrichters oder des Strafrichters aber trete der Verlust der Versorgungsansprüche nicht ein. Eine Aufrechnung mit einer der Beklagten gegen den Ehemann zustehenden Schadensersatzforderung sei nicht zulässig, da der Witwenanspruch selbständiger Natur sei.

Die Ergebnisse, zu denen die Begründung dieses Urteils führt, stehen mit dem Rechtsgefühl schwerlich im Einklang. Leider nimmt das RG. nicht Stellung zu den beiden Entscheidungen des Danziger OVG. v. 13. Juni 1931 (JW. 1932, 551) und v. 25. April 1934 (JW. 1934, 1667). In beiden Fällen handelte es sich nicht darum, ob die Witwe des ungetreuen Beamten überhaupt Pension fordern, sondern in welcher Höhe sie das tun könne. Im ersten Falle verlangte die Witwe eines Leihamtsvorstehers statt der ihr von der Stadt zugebilligten 200 Gulden monatlich den ihr rechnungsmäßig zustehenden Betrag von 273 Gulden. Im zweiten Falle war der Witwe eines höheren Beamten einschließlich Zulage für ein Kind ein Betrag von 300 Gulden gewährt worden; sie verlangte aber das Mehrfache dieses Betrages. Beide Fälle lagen übrigens vor der Guldenumwertung, die erst 1935 erfolgte. Das Danziger OVG. hat den Witwen die Mehrbeträge abgesprochen und insoweit die Aufrechnung der Kommunen mit ihren Schadensersatzansprüchen aus den unerlaubten Handlungen der Ehemänner, die ebenfalls beide durch Selbstmord vor Abschluß der Straf- bzw. Dienststrafverfahren geendet hatten, für zulässig erklärt. Begründet sind diese Entscheidungen mit der Anwendung von Rechtsgedanken aus dem bürgerlich-rechtlichen Institut des Vertrages zugunsten eines Dritten auf das öffentlich-rechtliche Verhältnis des Beamten und seiner Hinterbliebenen zum Staat bzw. zur Kommune. Wichtiger als diese juristische Konstruktion, die das OVG. in seiner zweiten Entscheidung gegenüber den Einwendungen von Brand und gegenüber dem abweichenden Standpunkt des Danziger Obergerichts aufrechterhalten und noch weiter ausgebaut hat, sind die jenseits der Konstruktion liegenden Billigkeitserwägungen. Und da leuchtet es nicht ein, daß die Witwe aus der Hand desselben Staates, der durch schweren Vertrauensbruch des Mannes zu Schaden gekommen ist, lebenslänglich Beträge soll beanspruchen können, die sie nicht etwa nur vor Elend schützen, sondern die ihr ein Leben im alten Stil ermöglichen sollen. Hätte der Mann sich den Folgen seiner Straftat nicht durch den Freitod entzogen, so wäre er mit einer kriminellen Strafe belegt worden, die seine Dienstentlassung zur Folge gehabt hätte, oder wäre im Dienststrafverfahren zur Dienstentlassung verurteilt worden. Damit wäre auch der Pensionsanspruch der Witwe verwirkt gewesen. Dieser in so hohem Maße von dem Verhalten des Beamten abhängige Anspruch soll nun plötzlich durch den Freitod jeder weiteren Einwirkung entzogen und zu einem gleichsam abstrakten, von seinem Rechtsgrund losgelösten Anspruche geworden sein. Der Sinn des Pensionsanspruches ist der, daß der Witwe ein Leben in derjenigen Lebensschicht gewährleistet wird, der der Beamte bei seinen Lebzeiten angehört hat, und daß auch insoweit noch die Achtung, die die Beamtenschaft genießt, aufrechterhalten wird. Dazu liegt kein Anlaß mehr vor, wenn sich der Beamte selbst der Stellung für unwürdig erwiesen und durch seine Schuld seine und seiner Angehörigen Ausstoßung aus dieser Lebensschicht verursacht hat. Was bei seinem Weiterleben die Angehörigen mit voller Schärfe mitgetroffen hätte, kann und braucht durch seinen Freitod nicht auf einmal völlig ungeschehen gemacht zu werden. Die Schicksalsgemeinschaft, die beide Ehegatten auf Gedeih und Verderb miteinander verbunden hat, muß auch über den Tod hinaus noch weiter wirken. Zu berücksichtigen ist auch die stets hohe Wahrscheinlichkeit, daß die Frau, selbst wenn sie nicht Mitwisserin war, an den Vorteilen, die sich der Beamte durch seine Straftat verschafft hat, auch ihrerseits teilgehabt und sich dem Leben „über die Verhältnisse hinaus" im Zweifel nicht entzogen hat. Wer aber den guten Tropfen genossen hat, dem braucht der böse nicht erspart zu werden. Über das durch eine gerechte Interessenabwägung zu ermittelnde Maß hinaus aber geht die Zumutung an die durch den Staat repräsentierte Volksgemeinschaft, den Vertrauensbruch des Beamten für die Zukunft einfach zu ignorieren, den angerichteten Schaden allein zu tragen und die Witwe ebenso zu alimentieren wie die eines Beamten, der zeit seines Lebens seine Pflicht und Schuldigkeit getan hat.

Für alles Weitere muß auf die eingehenden Ausführungen des Danziger OVG. verwiesen werden. Ein Hauptgrund dafür, daß Prozesse dieser Art immer wieder auftauchen, scheint mir darin zu liegen, daß die Frage regelmäßig auf ein „alles oder nichts" gestellt wird, nämlich dahin, ob die Witwe die Pension in voller Höhe oder ob sie überhaupt

nichts erhalten soll. Durch eine solche Fragestellung mag die Beantwortung konstruktiv erleichtert werden. Darauf darf es aber nicht ankommen. Die Sache gewinnt in dem Augenblick ein anderes Ansehen, in dem die Frage dahin gestellt wird: soll die Witwe des ungetreuen Beamten nur vor drohendem Elend geschützt werden oder soll sie von dem geschädigten Staat darüber hinaus auch noch „standesgemäß" unterhalten werden? Mit juristischen Konstruktionen allein ist dieser Frage nicht beizukommen. Wo sie vom Rechtsgefühl im ersten Sinne beantwortet wird, bieten sich Rechtskonstruktionen dar, die, auch ohne daß erst der Gesetzgeber angerufen werden müßte, auf überzeugende Weise zu billigem Ergebnis führen.

Um die Freiheit vertraulichen Gedankenaustauschs

Von Assessor Rudolf Leppin, Berlin

In der Strafsache 5 D 760/36 hatte das RG. über folgenden Sachverhalt zu entscheiden: Eine Mutter hatte in verschiedenen Briefen an ihren erwachsenen Sohn ihren Gedanken über Persönlichkeiten und Geschehnisse des politischen Lebens Ausdruck gegeben und dabei Wendungen gebraucht, die formell beleidigenden Charakter hatten. Mutter und Sohn hatten ausdrücklich vereinbart, daß ihr brieflicher Gedankenaustausch streng vertraulich behandelt und niemandem zugänglich gemacht werden sollte. Bei einer polizeilichen Durchsuchung der Wohnung des Sohnes wurden die Briefe gefunden. Gegen die Mutter wurde das Strafverfahren wegen Beleidigung eröffnet. LG. Königsberg verurteilte. Das RG. stimmte den Rechtsausführungen des LG. in einem ausführlich begründeten Urteil v. 15. Febr. u. 18. März 1937: JW. 1937, 2389[60] zu. Mezger hat das Urteil des RG. bereits einer Kritik unterzogen („Beleidigung durch Äußerungen im engsten Familienkreis?": JW. 1937, 2329 ff.) und erklärt, daß das Urteil „für alle diejenigen, die unter dem Eindruck der neuen Gedanken des § 2 StGB. n. F. und der gleichgerichteten Bestrebungen des kommenden deutschen Strafrechts auf einen allmählichen Übergang von der formellen zur rechtsinhaltlichen (materiellen) Rechtsbetrachtung, von der bloßen Wortauslegung zur Sinndeutung auch im Gebiete des Strafrechts und seiner Praxis hofften und hoffen, eine Enttäuschung ist. Nicht als ob wir sein schließliches Ergebnis: ‚auch in ganz vertraulichen Äußerungen, die im engsten Familienkreis fallen, könne eine Beleidigung liegen', unter allen Umständen für falsch halten. Aber die Art der Begründung dieses Satzes, das Sichbeschränken auf äußere und formale Beweisgründe und das Sichverschließen gegen eine inhaltliche Erfassung des Beleidigungsbegriffes, muß bei dem Leser immer wieder Bedenken und Widerspruch erregen."

Man kann dieser Kritik nicht nur beipflichten, sondern muß m. E. noch über sie hinausgehen.

Der Streit der Meinungen darüber, ob eine Äußerung im engsten Familienkreis eine strafbare Beleidigung einer dritten, nicht zur Familie gehörenden Person sein könne, ist alt. Es kann in dieser Hinsicht auf das erwähnte RGUrteil und vor allem auf den Aufsatz von Mezger verwiesen werden, dort sind die verschiedenen Ansichten erschöpfend dargestellt. Mit Recht kommt Mezger zur Ablehnung jener Versuche, die Straflosigkeit solcher Äußerungen damit zu begründen, daß eine Gleichstellung mit einem Selbstgespräch vorgenommen wird. Es ist ihm auch darin zu folgen, daß das Ergebnis nur durch eine rechtsinhaltliche Betrachtungsweise gefunden werden kann.

Für die Entscheidung der gestellten Frage kann es, das muß von vornherein festgestellt werden, keinen Unterschied machen, wer von den Äußerungen betroffen wird. Ob sich die fragliche Äußerung gegen den Privatmann X., den Beamten Y. oder die politische Persönlichkeit Z. richtet, ist grundsätzlich für die Frage der Strafbarkeit einer solchen Äußerung als Beleidigung völlig belanglos. Eine andere Frage ist, ob die Äußerung zugleich den Tatbestand einer anderen Straftat erfüllt, und das ist bei Äußerungen über politische Persönlichkeiten oder mit politischem Inhalt leichter der Fall als bei anderen Betroffenen.

Es ist also völlig gleichgültig, ob die Beleidigung auf politischem oder unpolitischem Gebiete erfolgt. Es soll damit keineswegs den Meckerern das Wort geredet werden, ebensowenig wie den Versuchen illegaler politischer Betätigung damit Vorschub geleistet werden soll. Diese Fälle sind bereits nach anderen Strafbestimmungen verfolgbar; hier handelt es sich lediglich um die Straftat der Beleidigung. Die Möglichkeit des Bekanntwerdens einer im Familienkreis erfolgten „Kundgebung der Mißachtung" ist aber gerade — und nahezu ausschließlich — bei politischen Äußerungen gegeben (Auffinden von Briefen bei Haussuchungen, Anzeige bei Verschiedenartigkeit der politischen Einstellung); in anderen — nicht politischen — Fällen ist ein Bekanntwerden und damit eine Verfolgung von solchen vertraulichen Äußerungen so gut wie ausgeschlossen. Es würde also praktisch im Ergebnis darauf hinauslaufen, daß nur eine eng begrenzte Art von Äußerungen im Familienkreise — eben die politischen — bestraft würde; das liegt m. E. weder im Interesse der Rechtspflege noch der Staatsführung. Schon dieser Gesichtspunkt spricht für die Straflosigkeit des vertraulichen Gedankenaustausches.

Das RG. stützt sich bei seiner Ansicht auf das kommende „neue Strafrecht", indem es auf die Ausführungen von Dahm (Gürtner, „Das kommende deutsche Strafrecht", Besonderer Teil, 2. Aufl., S. 397/98) verweist. „Danach sollen unter vier Augen begangene Ehrenkränkungen, wobei keine Ausnahmen für besonders vertrauliche Mitteilungen im engsten Familienkreise gemacht werden, nur dem Richter entzogen und der Entscheidung anderer Stellen (Schiedsmann, Friedensrichter od. dgl.) übertragen werden; aber es bestand in der Strafrechtskommission Einigkeit darüber, daß Ehrenkränkungen unter vier Augen nicht von vornherein aus dem Bereiche des sachlichen Strafrechts ausgeschlossen werden dürfen, wenn man alles abwäge, was für und gegen die Bestrafung solcher Handlungen spreche." Diese Beweisführung des RG. ist abwegig. Die angeführte Stelle bezieht sich, wie der weitere Inhalt und der Wortlaut ergeben, lediglich auf „Beleidigungen unter vier Augen". Beleidigungen unter vier Augen aber haben mit den hier fraglichen vertraulichen Mitteilungen im engsten Familienkreis nicht das geringste gemein. Bei Beleidigungen unter vier Augen stehen sich Beleidiger und Beleidigter allein gegenüber, die Kundgebung der Mißachtung wird also unmittelbar gegen den Beleidigten gerichtet, ohne Dritten bekannt zu werden. Nur dieser Tatbestand stellt eine Beleidigung unter vier Augen dar. Er ist von den beleidigenden vertraulichen Äußerungen im engsten Familienkreis ebenso verschieden wie von jeder anderen Beleidigung, die nicht unter vier Augen begangen ist. Die Beleidigung unter vier Augen ist nichts weiter als eine unmittelbare Beleidigung ohne Zeugengegenwart. Die vom RG. angenommene Beleidigung durch Äußerungen im engsten Familienkreis ist im äußeren Tatbestand nichts anderes als eine durch Kundgeben der Mißachtung gegenüber Dritten in Abwesenheit des Betroffenen begangene Beleidigung. Daß die Beleidigung unter vier Augen überhaupt in der Strafrechtskommission erörtert worden ist, hat seinen Grund darin, daß die Verfolgung dieser Art der Beleidigungen „mit besonderen Beweisschwierigkeiten zu kämpfen hat" (Dahm a. a. O.), und daß in manchen (durchaus nicht allen!) Fällen die Beleidigung unter vier Augen weniger ehrlos und strafwürdig ist; denn, so wurde verschiedentlich ausgeführt, es gehöre mehr

Mut und Charakter dazu, einem anderen seine Mißachtung unverblümt ins Gesicht zu sagen, als gegenüber Dritten über andere abfällig zu sprechen. Aus den angeführten Gründen war in Erwägung gezogen worden, die Beleidigung unter vier Augen ganz straffrei zu lassen; diese Erwägung ist jedoch in der amtlichen Strafrechtskommission einmütig abgelehnt worden (vgl. Dahm a. a. O. S. 398 u. 403/04). Das besagt aber nicht das geringste für oder gegen die Strafwürdigkeit und Strafbarkeit von vertraulichen Äußerungen im engsten Familienkreis, die das RG. willkürlich und unter Verkennung des Begriffs der Beleidigung unter vier Augen in diese Erörterungen einbezieht. Für diese Frage gibt das ganze Kap. 23 (Ehrenkränkung) in Gürtner, „Das kommende deutsche Strafrecht“ (S. 397—419) keinen Fingerzeig.

Das RG. sieht die Beleidigung in einer Kundgebung der Mißachtung. „Die Kundgebung muß an einen anderen gerichtet und gewollt sein, wobei es aber gleichgültig ist, ob die Kundgebung an den, für den sie bestimmt ist, oder an einen anderen gelangt.“ Ähnlich, und doch mit einem feinen und bedeutsamen Unterschied, weil nicht von der formellen Definition, sondern vom Wesensinhalt ausgehend, sieht Mezger (a. a. O. S. 2331 unter III) die Beleidigungsmerkmale in einer „äußeren Kundgebung“ und einem „inneren Beleidigungswillen“, der Tendenz der Kundgebung. Und hier ist der Punkt, an dem sich die Beantwortung der Frage, ob vertrauliche Äußerungen im engsten Familienkreis als Beleidigung strafbar sind, entscheidet.

Geht man ohne Berücksichtigung der tatsächlichen Gestaltung des Lebens nur von den starren Richtlinien aus: Kundgebung an einen anderen, objektiv beleidigender Charakter, so ist nichts daran zu rütteln: So gesehen, ist jede Äußerung im engsten Familienkreis, die die Mißachtung eines anderen kundtut, eine strafbare Beleidigung.

Verschließt man sich aber nicht den Vorgängen des täglichen Lebens, den Zusammenhängen des Lebens in einer Familiengemeinschaft, urteilt man einmal nicht als objektiver Richter, sondern gefühlsmäßig — subjektiv, dann steht fest: Es ist ein gewaltiger Unterschied zwischen einer in der Allgemeinheit kundgegebenen Mißachtung und derselben Äußerung im Brief einer Mutter an ihren erwachsenen Sohn. Gewiß ist das eine wie das andere eine „Kundgebung“; und doch ist ein Unterschied zwischen beiden Kundgebungen, und dieser Unterschied liegt in dem Empfänger der Kundgebung. Das RG. sagt zwar, es sei gleichgültig, ob die Kundgebung an den, für den sie bestimmt ist, oder an einen anderen gelangt; eine Begründung gibt es für diese Behauptung nicht. Dem Gesetz ist eine Begründung für diesen Satz nicht zu entnehmen; denn das geltende Recht kennt den Begriff der Kundgebung im Rahmen der Beleidigung nicht, ebenso, wie auch das kommende Recht ihn nicht enthalten wird. Der Begriff der Kundgebung ist eine Schöpfung der Rechtsprechung, und nichts hindert die Rechtsprechung, diese Begriffsgebung einer neuerlichen Prüfung und Änderung zu unterziehen. Maßgeblich für die Beleidigungs-„Kundgebung“ ist nämlich entgegen der Ansicht des RG. die Person desjenigen, an den die Kundgebung gerichtet ist und gelangt; nur dadurch, daß sich die Kundgebung willentlich an einen anderen richtet, erhält die Kundgebung nach den eigenen Worten des RG. strafbaren Charakter. Darum läßt das RG. ein Selbstgespräch, das objektiv ja auch eine Kundgebung ist, straffrei, auch wenn es von dritten Personen wahrgenommen wird. Der Empfänger der Kundgebung muß also vom Vorsatz des Täters erfaßt werden. Dann aber liegt es nahe, dem Leben Rechnung zu tragen und eben je nach der Person des Empfängers der Kundgebung eine Kundgebung als strafbar oder straflos anzusehen. Und zwar ist zu unterscheiden, in welchem Lebenskreis die fragliche Kundgebung erfolgt, ob sie gegenüber einem Außenstehenden oder einem Vertrauten vorgenommen wird. Bei aller Anerkennung der Forderung des RG.: „Selbstzucht auch im Kreise der Familie ist geboten“ bleibt doch eine unabweisbare Notwendigkeit bestehen: Der Mensch braucht einen Kreis, in dem er sich einmal restlos aussprechen kann, braucht einen Menschen, dem gegenüber er kein Blatt vor den Mund nehmen muß. Der naturgegebene Kreis für eine solche offene Aussprache von Mensch zu Mensch ist die Familie, und wo das Familienleben gesund ist, da werden auch solche Aussprachen erfolgen. Gewiß, diese Aussprachen brauchen keineswegs immer für Dritte beleidigend zu sein. Wenn sich aber in einer vertrauten Aussprache, zwischen Mann und Frau, zwischen Eltern und Kindern, unter Geschwistern, aller Unmut, aller Ärger des Tages löst, dann kann auch einmal ein Wort dazwischenfahren, das objektiv eine Ehrenminderung eines anderen darstellt. Dieser Angriff schadet aber der Ehre des Betroffenen nicht, ganz abgesehen davon, daß weder er noch ein Fremder regelmäßig davon überhaupt etwas erfährt; denn die Fälle, in denen die vertrauliche Aussprache weitergetragen und gar der Vater von seinem Sohn, ein Bruder vom anderen und ein Freund vom anderen „Freund“ denunziert und angezeigt wird, gehören glücklicherweise noch zu den Seltenheiten.

Es wäre lebensfremd, wollte man diese Gespräche — es braucht sich keineswegs immer um ein „Herzausschütten“ zu handeln — unter Zensur legen und sie dadurch unmöglich machen, daß man an die in ihrem Verlauf gefallenen Äußerungen den Maßstab der §§ 185 ff. StGB. legt. Was für die Gespräche gesagt worden ist, gilt auch für den brieflichen Gedankenaustausch zwischen vertrauten Menschen. Auch hier kommt in allererster Linie für den vertraulichen Kreis die Familie in Betracht, doch erfordert es das Verständnis gegenüber den Lebensvorgängen, daß auch der Fall einer echten Freundschaft einbegriffen wird; denn es gibt so manchen Menschen, dessen ganzes Vertrauen einem Freunde gehört, während ihn mit seiner Familie keine tieferen seelischen Bande verknüpfen.

Da das Gesetz nichts dazu sagt, so ist es in die Hand der Rechtsprechung gegeben, als Beleidigung nur solche Kundgebungen der Mißachtung anzusehen, die nicht ausschließlich im engsten Familienkreis oder gegenüber einem besonders vertrauten Menschen erfolgt sind; dabei ist es gleichgültig, in welcher äußeren Form (Geste, Brief, Wort) die Kundgebung erfolgt.

Selbstverständlich kann sich die Straffreiheit nur auf solche Äußerungen erstrecken, die vertraulich sind, die also unter normalen Umständen nicht auch zur Kenntnis anderer gelangen können. Vertraulich sind also Briefe, deren Inhalt anderen nicht mitgeteilt werden soll, vertraulich sind Äußerungen unter „vier Augen“ zwischen Vertrauten. Dagegen kann sich die Straffreiheit z. B. nicht auf Äußerungen erstrecken, die wohl unter Vertrauten fallen, aber in Gegenwart von Dienstboten, Angestellten oder von jüngeren Kindern, die erfahrungsgemäß leicht weitererzählen, was sie hören.

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß eine strafrechtliche Sonderstellung zumindest der Äußerungen im engsten Kreis der Familie keineswegs etwas Absonderliches ist. Unser geltendes Strafrecht kennt bereits eine ganze Reihe von Fällen, in denen der Familienzugehörigkeit Einfluß auf die Strafbarkeit eingeräumt worden ist. Ich erinnere nur an die §§ 232, 247, 263, 266, 303 StGB. (Zulässigkeit der Rücknahme des Strafantrags, wenn die Tat gegen einen Angehörigen verübt worden ist), § 247 Abs. 2 (Straflosigkeit des Diebstahls von Verwandten aufsteigender Linie gegen Verwandte absteigender Linie oder unter Ehegatten), § 263 Abs. 5 (Antragserfordernis bei Betrug gegen Angehörige, das von der Rechtsprechung auch für § 266 StGB. aufgestellt worden ist), §§ 264 a, 248 a, 289, 370 Ziff. 5 StGB. (Straflosigkeit des Notbetrugs, der Notentwendung, der Pfandkehrung, des Mundraubs gegen Verwandte absteigender Linie und Ehegatten). Die zugunsten eines Angehörigen begangene Begünstigung (§ 257 Abs. 2 StGB.) und Strafvereitelung (§ 257 a StGB.) ist straffrei. Der Verlobte, der Ehegatte und bestimmte Verwandte und Verschwägerte des Beschuldigten sind zur Verweigerung des Zeugnisses (§ 52 StPO.), der Auskunft (§ 55 StPO.) und der Eidesleistung (§ 63 StPO.) berechtigt. Es wird also dadurch, daß die vertraulichen Äußerungen im engsten Familienkreis aus der Strafbestimmung der §§ 185 ff. StGB. herausgenommen werden, kein fremder Gesichtspunkt in unser Strafrecht hineingetragen.

Zur Mitwirkung des Reichspatentamtes in Patentstreitsachen vor den ordentlichen Gerichten

Von Reichsamtsleiter Barth, Leiter des Amts für Rechtspolitik im Reichsrechtsamt der NSDAP.

Bekanntlich hat das neue PatG. in § 52 eine Mitwirkung des RPatA. in Patentstreitsachen (insbesondere in Patentverletzungsprozessen) gebracht, die über die bis dahin vorgesehene Gutachtertätigkeit (§ 18 altes PatG.) weit hinausgeht. Das Gericht ist nunmehr verpflichtet, den Präsidenten des RPatA. über jede anhängig werdende Patentstreitsache durch Übersendung von Abschriften der Schriftsätze, Protokolle, Verfügungen und Entscheidungen zu unterrichten. Das RPatA. kann dann entweder auf Ersuchen des Gerichts oder aber auch aus eigenem Entschluß in dem Prozeß mitwirken, indem es sich schriftlich zum Streitstoff äußert oder einen Vertreter in die mündliche Verhandlung entsendet, der dort mündliche Ausführungen machen, selbst an die Parteien, Zeugen, Sachverständige Fragen richten und darüber hinaus von dem Gericht sogar noch zur Beratung zugezogen werden kann.

In den „Mitteilungen der Deutschen Patentanwälte" 1937, 192 wird von Patentanwalt Dipl.-Ing. Licht ein Fall mitgeteilt, in dem das RPatA. von sich aus in einem Patentprozeß dem LG. Berlin gegenüber eine schriftliche Erklärung zum Streitstoff abgegeben hat. In dieser Erklärung teilt das RPatA. mit, daß die technische Vorrichtung, die die Klagepartei durch ihr Patent geschützt haben will, seinerzeit bei der Patentanmeldung im Patentanspruch nicht benannt worden ist, daß daher für den Prüfer kein Anlaß bestand, die Prüfung des Patentanspruchs auch auf diese Vorrichtung auszudehnen und daß es so auch tatsächlich nicht zur Prüfung gekommen ist, ob die technische Vorrichtung zur Zeit der Anmeldung neu und patentfähig war. Daran knüpfen sich noch einige Bemerkungen über den einschlägigen Stand der Technik. Patentanwalt Licht hält das Vorgehen des RPatA. für durchaus begrüßenswert, spricht aber dabei den Wunsch aus, daß eine über die schlichte Mitteilung von Tatsachen hinausgehende Stellungnahme des RPatA. zu Patentverletzungsstreitigkeiten auch in Zukunft unterbleibe. In der DJ. 1937, 1574 hat Geh. RegR. Brückner im RPatA. zu dieser Angelegenheit Stellung genommen und dabei die Frage aufgeworfen, ob bei der Schaffung des § 52 des neuen PatG. beabsichtigt war, dem RPatA. eine so weitgehende Beschränkung bei seiner Mitwirkung im Patentprozeß aufzuerlegen und ob es nicht für die Klärung der Rechtslage im Patentstreit und außerdem auch für die patentamtliche Tätigkeit selbst erwünscht sein kann, die Grenzen der Mitwirkung des RPatA. bei der Behandlung der Patentstreitsachen doch etwas weiter — über die Tätigkeit eines Prüfers hinaus, der sich mit der Feststellung des Standes der Technik befaßt — zu ziehen.

Aus den rechtspolitischen Verhandlungen um die Gestaltung des neuen PatG. kann über die Gründe, die zu der Einfügung des § 52 PatG. führten, folgendes mitgeteilt werden:

Über die Gerichtspraxis in Patentstreitigkeiten wurde von beteiligten Wirtschaftskreisen manche Klage erhoben. Es wurde darauf hingewiesen, die ganze Patentrechtspraxis stehe unter dem unheilvollen Einfluß der bekannten jüdischen Patentrechtler. Vor allem wurde darüber geklagt, daß die Rechtspraxis zu einer, in sich ungerechtfertigten und unnatürlichen völligen Auseinanderspaltung des Patentanspruchs, der bei der Patenterteilung zu prüfen sei, und des rechtlichen Schutzumfangs des Patentes, das dann vor allem im Patentverletzungsstreit zu beurteilen sei, geführt habe; die Gerichte setzten sich darüber, was seinerzeit im Patenterteilungsverfahren als Patentanspruch aufgestellt, geprüft und durch die Patenterteilung vom RPatA. anerkannt worden ist, hinweg und gingen von sich aus nun selbst nach eigenem Ermessen an die Untersuchung der Frage heran, wie das Patent auszulegen sei, was als durch das Patent geschützt anzusehen sei. Dabei würden sie zu einer so weiten Auslegung des Patentschutzes neigen, daß einmal die Durchsetzung neuer Erfindungen außerordentlich gehemmt werde und daß weiter angesichts der mangelnden Vorausberechenbarkeit der gerichtlichen Patentauslegung überhaupt eine sehr bedenkliche Rechtsunsicherheit im Patentwesen eingerissen habe. Dieser Zustand werde natürlich von wirtschaftsstarken und in ihren Geschäftsmethoden gewissenlosen Parteien gerne und leicht mißbraucht. Mancher lege es bereits sogar von vornherein darauf ab, im Patenterteilungsverfahren den Patentanspruch möglichst ungenau aufzustellen und durchzusetzen, um dann später im Kampfe gegen seine Wettbewerber im Wege des Patentprozesses eine weitestgehende, den eigentlichen Erfindungsgedanken wesentlich überschreitende Patentauslegung zu erwirken. Dazu komme, daß die Gerichte ohne die erforderliche Sachkenntnis in eigenmächtiger Weise — insbesondere ohne Beachtung der Tatsachen und Erwägungen des Patenterteilungsverfahrens — über technisch bedingte und wirtschaftlich höchst folgenschwere Fragen entscheiden. Vielfach ist auch darüber geklagt worden, daß es in zahlreichen Streitfällen von vornherein unmöglich sei, einen Sachverständigen zu erhalten, der nicht nur die erforderliche Sachkunde auf dem Spezialgebiet, sondern außerdem auch die notwendige persönliche Unabhängigkeit und Unbefangenheit besitze.

Zur Behebung der behaupteten Mißstände wurden von den verschiedensten Stellen eine Reihe von Vorschlägen gemacht. So wurde u. a. vielfach gefordert, daß der technische Richter eingeführt werde, d. h. daß in den Patentprozessen das Gericht mit technisch sachverständigen Beisitzern besetzt sein soll. Andererseits wurde daran gedacht, die Entscheidung über die Patentauslegung, also über den Schutzumfang des Patentes überhaupt aus der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte herauszunehmen und, wie es z. B. in Österreich und in anderen Ländern entsprechend geregelt ist, dem PatA. zu übertragen, das ja auch zur sachkundigen Entscheidung über die Erteilung des Patentes und über die Nichtigkeit eines Patentes berufen ist. Schließlich verblieb es dann doch bei der schon im Frühstadium der rechtspolitischen Verhandlungen um das neue PatG. von den Vertretern der NSDAP. erwogenen Lösung, daß die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte zur Behandlung der Patentstreitsachen und zur Entscheidung über die Patentauslegung im Streitverfahren aufrechterhalten bleiben, daß aber das RPatA. zu einer wesentlichen Mitwirkung im Prozeß berufen sein soll. Da das RPatA. sich bei jeder Patenterteilung ja darüber klar sein muß, was der Anmelder geschützt haben will und inwieweit es selbst einen Patentschutz zuerkennen will, und da es weiter mit der erforderlichen Sachkenntnis auf den verschiedensten Spezialgebieten auch die notwendige persönliche Unabhängigkeit und Objektivität zur unparteiischen Mitwirkung in einem Rechtsstreite erfüllt, versprach man sich von dieser Neuerung, daß sie geeignet und andererseits auch vorläufig genügend sei, auf eine Behebung der behaupteten Mißstände in der Patentrechtspraxis hinzuwirken.

Aus diesen Gedankengängen ist auch für die Praxis Bedeutung und Umfang der Mitwirkung des RPatA. nach § 52 zu beurteilen. Die Stellung des RPatA. geht dabei nach dem Willen des Gesetzgebers, der auch in der Gesetzesfassung durchaus verständlich zum Ausdruck kommt, über die Tätigkeit eines bloßen technischen Sachverständigen oder Obergutachters hinaus. Denn, wie sollte es sonst dazu kommen, daß das RPatA. über jeden Patentstreit und seinen ganzen

Verlauf unterrichtet werden muß, daß es von sich aber auch ohne Ersuchen des Gerichts im Prozeß durch Abgabe einer schriftlichen Stellungnahme, durch mündliche Ausführungen eines zur Verhandlung entsendeten Vertreters, durch Stellung von Fragen an Parteien, Zeugen und Sachverständige im Prozeß mitwirken kann. Auf der anderen Seite ist das RPatA. dann, wenn das Gericht um eine Mitwirkung ersucht, auch zur Mitwirkung verpflichtet. Es kann lediglich unter bestimmten Voraussetzungen davon Abstand nehmen, dem Ersuchen des Gerichts um Entsendung eines Vertreters zur mündlichen Verhandlung zu entsprechen, und sich auf die Abgabe einer schriftlichen Stellungnahme beschränken. Der weitgehenden Regelung des § 52 hätte es bestimmt nicht bedurft, wenn der Gesetzgeber nur hätte ermöglichen wollen, daß das RPatA. als Sachverständiger oder Oberbegutachter in einem Patentprozeß herangezogen werden kann. Die Absicht des Gesetzgebers war vielmehr gerichtet auf eine offizielle Einschaltung des RPatA. als der nach ihrem ganzen Aufgabenkreis und ihrer Sachkunde berufenen Stelle. Daher war es wichtig, im Gesetz zu verankern, daß das RPatA. auf der einen Seite auf Ersuchen des Gerichts mitwirken muß und daß es aber andererseits auch von sich aus zur Mitwirkung schreiten kann. Dabei hat das RPatA. aber auch dann, wenn ein Ersuchen des Gerichts um Mitwirkung nicht vorliegt, ohne Zweifel die dienstliche Pflicht, im Einzelfall zu prüfen, ob nicht das Interesse an der Klärung der Sach- und Rechtslage und damit an der Vermeidung eines unzweckmäßigen Prozeßverlaufs und einer unrichtigen Prozeßentscheidung eine Einschaltung geboten erscheint, und sich dann auch gegebenenfalls einzuschalten. Wenn das RPatA. dann in dieser Weise seiner ihm von der Volksführung durch das Gesetz auferlegten Dienstpflicht nachkommt, darf das Gericht nun nicht darin einen lästigen oder gar unzulässigen Eingriff in seinen Zuständigkeitsbereich erblicken. Für das Gericht besteht andererseits genau so die dienstliche Pflicht, im Einzelfall zu prüfen, ob nicht die Sach- und Rechtslage des Prozesses die Mitwirkung des RPatA. als nötig erscheinen läßt, und dann gegebenenfalls von sich aus schon das RPatA. um Mitwirkung zu ersuchen. Dabei ist keineswegs auszugehen von Fragen des persönlichen Prestiges, sondern von den Forderungen, die das deutsche Volk an eine klare, vernünftige und gerechte Rechtsprechung stellen muß. Eine reichliche Anwendung der Möglichkeiten des § 52 würde sicherlich dem Willen des Gesetzgebers mehr entsprechen, als eine sparsame Gebrauchsanwendung.

Es ist durchaus zu begrüßen, daß der Präsident des RPatA. in dem von Patentanwalt Licht angeführten Falle von sich aus offenbar sofort auf die Klagerhebung hin dem Gericht eine aufklärende Mitteilung über die damaligen Prüfungsvorgänge und einige Hinweise auf den Stand der Technik gegeben hat. Für den Beginn eines Prozesses wird es durchaus richtig sein, vorläufig die Stellungnahme auf eine „schlichte Mitteilung von Tatsachen“ zu beschränken. Dann aber, wenn das RPatA. auf Grund seiner Information über den weiteren Verlauf des Prozesses den Eindruck gewinnt, daß die Parteien oder vielleicht sogar das Gericht infolge unrichtiger Darstellungen den Streitstoff unrichtig beurteilen, oder daß das Gutachten eines Sachverständigen als falsch erscheint, dann hat das RPatA. auf Grund des § 52 PatG. nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, seine eigene Auffassung über den Streitstoff dem Gericht mitzuteilen. Dabei kann m. E. die technische und rechtliche Seite der Frage des Schutzumfanges des Patentes nicht so auseinandergehalten werden, daß sich die Erklärung des RPatA. nur auf technische Tatsachen beschränken kann. Gewiß handelt es sich im Rechtsstreit bei der Patentauslegung um eine Rechtsfrage, aber doch nur deshalb, weil an das Patent und damit auch an seine Auslegung Rechtsfolgen geknüpft sind, über die nun gestritten wird. Mit der gleichen Berechtigung könnte man bei einer unjuristischen Betrachtung auch behaupten, daß sich die Rechtsfolgen anknüpfen an technische Vorgänge und Beurteilungen und daß die Entscheidung über die Rechtsfolgen völlig abhängig sind von diesen technischen Beurteilungen und daß es sich somit im Prozeß in erster Linie um eine technische Frage handelt. Ich halte einen Streit darüber, ob Rechtsfrage oder technische Frage für unnütz. Fest steht, daß die ausgeklügelte und deutschem Rechtsdenken eigentlich widerstrebende völlige Aufspaltung von Rechtsfrage und technische Frage gerade zu jenen bedenklichen Erscheinungen der Patentrechtspraxis geführt hat, von denen eingangs die Rede war. In den Fällen, um die es hier geht, lassen sich technische Frage und Rechtsfrage nicht so einfach auseinanderschneiden.

Für das RPatA. ist die Mitwirkung in Patentprozessen eine zusätzliche Arbeit und daher angesichts der starken Beschäftigung seiner einzelnen Dienststellen eine spürbare Mehrbelastung. Um so begrüßenswerter ist es, daß der Präsident des RPatA. auch von sich aus in Patentstreitigkeiten tätig wird und daß Sachbearbeiter des RPatA. sich offen für einen Ausbau seiner Mitwirkung aussprechen. Davon, daß das RPatA. sich bei dieser Mitwirkung einer nicht ganz unberechtigten Kritik aussetzen würde, kann ich nicht überzeugt sein. Das RPatA. erfüllt hier eine ihm von der Volksführung übertragene Pflicht. Es muß dabei in Kauf nehmen, daß seine Stellungnahme von den Parteien oder auch von dem Gericht einer Kritik unterzogen wird. Es ist im übrigen eine nicht seltene Erscheinung, daß Maßnahmen und Stellungnahmen von Behörden und Dienststellen von den Beteiligten oder von anderen Stellen kritisch beurteilt werden. Eine Kritik könnte nur dann berechtigt sein, wenn die Stellungnahme des RPatA. in Wirklichkeit falsch wäre. Wenn das Gericht, das an die Stellungnahme des RPatA. nicht gebunden ist, in seinem Urteil von der Auffassung des RPatA. abweichen sollte, dann wäre damit nicht ohne weiteres eine Herabsetzung des RPatA. und seiner Tätigkeit verbunden. Das RPatA. könnte nach wie vor für sich in Anspruch nehmen, daß seine Stellungnahme richtig ist, und dann auch in der oberen Instanz diese gleiche Auffassung wieder mit Nachdruck vertreten und im übrigen dem Gericht für seine gerichtliche Entscheidung die volle Verantwortung überlassen. Wenn Auffassungsverschiedenheiten grundsätzlicher Natur zwischen Gericht und RPatA. bestehen, dann ist es besser, wenn diese Widersprüche zutage treten und wenn im Wege höchstrichterlicher Rechtsprechung oder auf sonst einem geeigneten Wege diese überwunden werden, als daß solche Widersprüche nicht zu einer Entscheidung kommen und in der Praxis doch in so unerwünschter Weise weiter fortwirken. Auf der anderen Seite darf sich auch das Gericht nicht einfach auf den Standpunkt eigener unfehlbarer Prozeßleitung und Prozeßentscheidung stellen. Seine Entscheidungen begegnen oft einer sehr harten Kritik beteiligter Parteien und vielleicht auch der oder jener anderen Dienststelle. Es gibt doch zu denken, wenn z. B. die Klage vorgetragen wird, daß eine gewisse Firma mit allen nur möglichen Mitteln dahin wirke, die Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts in einer bestimmten Stadt zu begründen, weil sie nach ihren bisherigen Erfahrungen gerade von diesem Gericht eine für sie günstige Entscheidung erwartet, eine Entscheidung, die in diesem Falle von der Gegenpartei als technisch unmöglich und weiter auch als für die deutschen Wirtschaftsinteressen verheerend angesehen wird. Die zur Behandlung von Patentstreitigkeiten berufenen Gerichte sollen es freudig begrüßen, daß das neue PatG. ihnen die unterstützende Mitwirkung des RPatA. gebracht hat. Sie werden dadurch befreit von der Schwierigkeit, einen wirklich sachkundigen und persönlich unabhängigen Sachverständigen zu bekommen, sie erfahren in ihrer großen Verantwortung, die durch die Beurteilung technischer Vorgänge ohne eigene Sachkunde besonders erschwert ist, eine wesentliche Entlastung, und sie finden so in ihrer schweren Berufsaufgabe, deren Erfüllung oft entscheidend ist für die wirtschaftliche Existenz des einzelnen, für das Wohlergehen ganzer Betriebsgemeinschaften und oft auch für das wirtschaftliche Schicksal des Deutschen Volkes, eine wesentliche Unterstützung durch die Stelle, die mit der erforderlichen Sachkunde und der notwendigen Unabhängigkeit die offizielle Berufung und Autorität zur Mitwirkung verbindet.

Prozeßvollmacht und Urkundensteuer

Von Rechtsanwalt und Notar Theodor Sonnen, Berlin

Der RFH. hat in zwei grundlegenden Entscheidungen v. 1. Okt. 1937 (unten S. 2930) die Urkundensteuerpflicht von Prozeßvollmachten auch für den Fall verneint, daß sie die besondere Ermächtigung enthielten, „Geld und Wertsachen" (so bei der Zivilprozeßvollmacht), „Gelder, Wertsachen und Dokumente" (so bei der Strafprozeßvollmacht) „in Empfang zu nehmen". Die Entscheidungen und ihre Begründung sind geeignet, weit verbreitete Irrtümer in der Auslegung des Gesetzes zu beseitigen. Beide beziehen sich zwar auf ältere Vordrucke, bringen aber zugleich die Entscheidung über die vielfach zu Unrecht bejahte Steuerpflicht einiger mit Rücksicht auf das UrkStG. neu gefaßter und ausdrücklich vom Hersteller als steuerfrei bezeichneter Vordrucke. So enthält z. B. der Vordruck V 108 der Hans-Soldan-Stiftung für die Strafprozeßvollmacht die Ermächtigung, „Geld, Wertsachen und Urkunden . . . in Empfang zu nehmen, soweit das Verfahren dazu Anlaß gibt". Trotz des Zusatzes haben nicht nur Gerichte und Finanzämter in großer Zahl, sondern auch schon verschiedene Finanzgerichte Vollmachten nach diesem Vordruck für steuerpflichtig erklärt. In mehreren Bezirken soll sogar eine Nachprüfung aller weggelegten Akten daraufhin angeordnet sein, ob sich nicht darin solche Vollmachten noch unversteuert finden! Dem machen die Urteile des RFH. nunmehr ein Ende: mit Recht betonen sie, daß diese Ermächtigung auch ohne den einschränkenden Zusatz schon nach dem allgemeinen Grundsatz des § 133 BGB. nur insoweit gelte, als die Empfangnahme aus Anlaß des Verfahrens geschehe und mit ihm in Beziehung stehe.

Die Begründung für die gegenteilige Ansicht, die übrigens auch im Schrifttum vorwiegend vertreten wird (vgl. z. B. Boruttau 11 [1], Eiffler 30 ff., insbesondere 34 zu § 27 UrkStG.), geht meist dahin, die erwähnte Ermächtigung gehe über den Rahmen einer Prozeßvollmacht hinaus: jede Befreiungsvorschrift des UrkStG. sei eng auszulegen; deshalb sei jede Ermächtigung zur Vornahme von anderen Geschäften rechtlicher Natur als die Vertretung in dem Verfahren steuerpflichtig; insbesondere sei es nicht zulässig, aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber selbst die Ermächtigung zur Empfangnahme des „Streitgegenstandes" ausdrücklich freilasse, zu folgern, daß auch die Empfangnahme anderer Gelder steuerfrei sein könne; der Begriff „Empfangnahme des Streitgegenstandes" dürfe nicht ausdehnend ausgelegt werden; am wenigsten könne er im Strafprozeß entsprechend angewandt werden, in dem es keinen „Streitgegenstand" gebe. Dabei wird sowohl im Schrifttum wie in den Entscheidungen einzelner Finanzgerichte ausdrücklich auf die frühere Rechtsprechung zu Tarifst. 19 PrStempStG. Bezug genommen.

Dem setzt der RFH. zunächst grundsätzlich entgegen, daß die Befreiungsvorschriften des UrkStG. im Sinne des § 1 Abs. 2 StAnpG. ausgelegt werden müssen, daß also die Volksanschauung, ihr Zweck und ihre wirtschaftliche Bedeutung zu berücksichtigen sind. Es ist falsch, grundsätzlich jede Befreiungsvorschrift eng auszulegen. Allerdings sind die Befreiungsvorschriften Ausnahmen von einer Regel. Aber auch Ausnahmebestimmungen sind in erster Linie nach ihrem Zweck auszulegen, und jede enge Auslegung ist falsch, die dem Zweck der Ausnahme widersprechen oder — ein sehr feiner Gedanke! — „zu Unterscheidungen und Erwägungen nötigen würde, die der Anschauung der beteiligten Volkskreise unberechtigt erscheinen müßten". Die gesunde Volksanschauung lehnt mit Recht spitzfindige Unterscheidungen und Tüfteleien ab. Wo die Rechtsanwendung zu solchen zwingt, ist das immer ein Warnungszeichen: habt acht, ob ihr der Natur noch seid auf rechter Spur!

1. Damit ergibt sich zunächst eine einfache Lösung für alle Streitfragen, die sich aus dem Inhalt der Verfahrensvollmacht ergeben: Das Gesetz selbst erklärt eine Prozeßvollmacht für steuerfrei, auch wenn sie im Gegensatz zu der Regelung der Prozeßgesetze zur Empfangnahme des Streitgegenstandes und zur Verfügung über ihn berechtigt. Aber es ist falsch, hier von einer „Erweiterung" zu sprechen, als wenn grundsätzlich nur die Prozeßvollmacht im engsten Sinne der in der Prozeßordnung in ihr enthaltenen Befugnisse steuerfrei wäre und hier eine ganz bestimmte einzelne Befugnis hinzugezogen würde. Die Zulassung der den Streitgegenstand betreffenden Vollmacht geschieht vielmehr im Anschluß an das sächsische Recht deshalb, „weil diese Zusatzbestimmung den Bedürfnissen des Verkehrs gerecht wird und Streitfragen vermeidet (Begründung zum UrkStG. [RStBl. 1936, 500])". Dann aber ist sie nur ein Beispiel, und auch andere den Inhalt und Umfang der Prozeßvollmacht erweiternde Ermächtigungen können die Steuerfreiheit nicht in Zweifel ziehen, wenn die Bedürfnisse des Verkehrs sie verlangen und nach der Volksanschauung unberechtigte Unterscheidungen dadurch unnötig werden.

Spitzfindige lebensfremde Unterscheidungen sind es aber, wenn die Entscheidung über die Steuerpflicht der Prozeßvollmacht davon abhängig sein soll, ob sie ermächtigt:

ausschließlich zu Prozeßhandlungen im Sinne der §§ 81, 82 ZPO. und der entsprechenden Vorschriften der StPO. (wie bei Verfahren, wo entsprechende Vorschriften nicht bestehen, etwa dem der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder einem Verfahren vor den Polizeibehörden oder den Verwaltungsgerichten?)

oder auch zu materiellrechtlichen Geschäften, die aus Anlaß des Verfahrens und in engstem Zusammenhang mit ihm geschlossen werden,

zur Empfangnahme des „Streitgegenstandes" (Frage: was ist „Streitgegenstand", wenn im Prozeß über eine Teilklage auf 6100 *RM* ein Vergleich über 30 000 *RM* geschlossen wird?)

oder auch zur Zurücknahme hinterlegter Sicherheiten, Empfangnahme der zugesprochenen Buße im Strafprozeß, der beschlagnahmten und dann freigegebenen Gegenstände,

zur Empfangnahme der vom Gegner zu erstattenden Kosten (§ 81 ZPO.)

oder auch zur Empfangnahme der von der eigenen Partei zu viel bezahlten Gerichtskosten,

im Verfahren vor dem RPatA.: zur Anmeldung eines Patentes, zur Prioritätserklärung, zur Mitwirkung bei der Prüfung, bei der Anhörung der Beteiligten, zur Einsicht der Anmeldungen und Beilagen, zur Einlegung und Durchführung von Einsprüchen, Beschwerden, Klagen, Berufungen usw. und den entsprechenden Handlungen nach GebrMustG. und WZG.

oder auch zu Handlungen, die nicht zum eigentlichen Geschäftsbereich des PatA. im engeren Sinne gehören, z. B. zur Entrichtung von Gebühren, Empfangnahme zurückzuerstattender Gebühren, zur Verfügung über eingereichte Urkunden, Zeichnungen, Proben, Muster, Modelle usw.

Alle diese — und noch manche andere! — Unterscheidungen, zu denen das frühere PrStempStG. zwang, sind heute überholt: grundsätzlich sind nicht mehr nur steuerfrei „Vollmachten in allen durch die StPO. und ZPO. geregelten Angelegenheiten . ." (so PrStempStG. Tar.-St. 19), sondern schlechthin jede „Vollmacht zur Vertretung in einem Verfahren vor einem Gericht oder einer sonstigen Behörde". Gewiß mag es grundsätzlich richtig sein, daß die Rechtsprechung zum bisherigen PrStempStG. auch in Zu-

kunft noch ihre Bedeutung behält. Aber sie darf doch niemals ungeprüft übernommen werden, vielmehr ist stets genau zu untersuchen, ob nicht das neue Recht vom alten abweicht. Das tut es hier: nicht nur ist der Grundsatz des § 1 StAnpG. in verstärktem Maße zur Geltung zu bringen, auch die Fassung des Gesetzes selbst ist geändert, und die Empfangnahme des Streitgegenstandes und Verfügung über ihn ist bewußt im Gegensatz zum preußischen Recht geregelt worden. Früher zwang der Wortlaut der TarSt. 19 dazu, in jedem einzelnen Falle zu untersuchen, ob es sich noch um eine in der ZPO. oder StPO. geregelte Angelegenheit handelte oder die im Einzelfall erteilte Ermächtigung „über den Rahmen der Prozeßvollmacht hinausging". (Deshalb war nicht stempelfrei eine Vollmacht zur Vertretung in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit!) Heute fragt es sich nur, ob es eine „Vollmacht zur Vertretung in einem Verfahren vor einem Gericht oder einer sonstigen Behörde" ist: jede Vollmacht zur Vertretung in einem Gerichtsverfahren, ganz gleich, welchen Umfang sie hat, ist steuerfrei, sofern nur die Vollmacht überhaupt noch im Zusammenhang mit dem Verfahren steht und nicht etwa — beabsichtigt! § 133 BGB. — dem Verfahren und seinem Gegenstand fremde Vollmachten in die Verfahrensvollmacht hineingebracht sind. Entscheidend ist der wirtschaftliche Zweck: eine Generalvollmacht, die in eine Verfahrensvollmacht eingekleidet ist, ist eine Generalvollmacht und nicht mehr eine Verfahrensvollmacht, eine Verfahrensvollmacht dagegen bleibt eine solche, auch wenn sie zu außergerichtlichen Verhandlungen mit dem Gegner ermächtigt oder im Räumungsprozeß zur Entgegennahme von Mietzahlungen, die nicht Streitgegenstand sind.

Nur diese Auslegung ist geeignet, „den Bedürfnissen des Verkehrs gerecht" zu werden und „Streitfragen zu vermeiden". Sie gibt regelmäßig eine klare Entscheidung der mancherlei Zweifelsfragen, die der jeweilige Inhalt der Verfahrensvollmacht auswirft: Steuerfrei ist die Ermächtigung zur Empfangnahme von Geld, Wertsachen, Urkunden auch dann, wenn sie nicht ausdrücklich beschränkt ist „soweit das Verfahren dazu Anlaß gibt". Steuerfrei ist die Ermächtigung, dem Gegner auch außergerichtlich Stundung zu gewähren, wenn nur der Zusammenhang mit dem Prozeßgegenstand gewahrt bleibt. Steuerfrei ist die Ermächtigung, hinterlegte Gelder nicht nur zur Auszahlung an den Machtgeber abzurufen, sondern auch selbst in Empfang zu nehmen, zurückzuerstattende Gebühren in Empfang zu nehmen und darüber zu quittieren, über eingereichte Urkunden, Zeichnungen, Proben, Modelle usw. zu verfügen, sie in Empfang zu nehmen und darüber zu quittieren, und zwar nicht nur im Verfahren vor dem PatA. (s. oben), sondern auch in jedem anderen Verfahren. Steuerfrei ist die Ermächtigung des Patentanwaltes zur Empfangnahme der Patenturkunde (nicht weil diese „Streitgegenstand" wäre, sondern weil sie zum Verfahren vor dem PatA. gehört). Steuerfrei ist die Ermächtigung zur Empfangnahme des Streitgegenstandes und zur Verfügung über ihn auch dann, wenn sie erteilt ist „ohne die Beschränkung des § 181 BGB." (so die Vordrucke V 102 bis 105 der Hans-Soldan-Stiftung). Selbst dieser Zusatz ist zum Anlaß genommen worden, eine Steuerpflicht zu konstruieren: Auch hier wurde behauptet, diese Vollmacht gehe über den Rahmen der Prozeßvollmacht hinaus. Das Entscheidende ist aber folgendes: Umfang und Inhalt der besonderen Ermächtigung zur Verfügung über den Streitgegenstand ergibt sich nicht aus den Prozeßgesetzen, muß vielmehr nach dem allgemeinen Sprachgebrauch bestimmt werden: alles, was nach ihm „Vollmacht zur Empfangnahme des Streitgegenstandes und zur Verfügung über ihn" ist, ist steuerfrei. Zulässig ist deshalb jede Ermächtigung zu irgendeiner „Verfügung" über den Streitgegenstand, gleichgültig, ob sie beschränkt oder unbeschränkt gegeben ist, insbesondere, ob sie die nach § 181 BGB. erforderliche besondere „Gestattung" zum Handeln mit sich selbst enthält oder nicht. Auch die ausdrücklich „ohne die Beschränkung des § 181 BGB." erteilte Vollmacht zur „Verfügung über den Streitgegenstand" bleibt eine „Vollmacht", die „zur Empfangnahme des Streitgegenstandes und zur Verfügung über ihn ermächtigt". Es kann nicht etwa, wie einige Finanzämter wollten, gefolgert werden, „Vollmacht zur Verfügung über den Streitgegenstand" sei diese Vollmacht nur in dem Umfang, in dem regelmäßig eine solche Vollmacht erteilt werde, werde sie aber mit der besonderen „Gestattung" aus § 181 BGB. verbunden, so höre sie auf, „Vollmacht zur Verfügung über den Streitgegenstand" zu sein und werde damit eine Vollmacht anderer Art, die steuerpflichtig sei. Dies kann um so weniger angenommen werden, als nach der Rechtsprechung des RG. die „Gestattung" nach § 181 gar nicht ausdrücklich gegeben zu werden braucht, sondern sich auch aus den Umständen ergeben kann, daß es sogar nach RGZ. 64, 373 genügt, wenn die Verweigerung der Zustimmung arglistig sein würde. Durch Erlaß des RFM. ist denn auch die Freiheit dieses Zusatzes anerkannt worden. Steuerfrei ist selbstverständlich auch heute die Ermächtigung zur Empfangnahme der vom Gegner zu erstattenden Kosten, die schon nach § 81 ZPO. in den Rahmen der Prozeßvollmacht fällt. Es kann nicht etwa, wie allerdings einige Finanzämter versucht haben, aus der Tatsache, daß das Gesetz die Ermächtigung zur Empfangnahme des Streitgegenstandes ausdrücklich nennt, durch Gegenschluß gefolgert werden, diese Ermächtigung sei jetzt steuerpflichtig.

2. Der RFH. weist aber auch den Weg zur Lösung anderer Streitfragen, die nicht mehr den Inhalt, sondern das Wesen der Verfahrensvollmacht selbst betreffen: Wie für den Inhalt der Zweck der einzigen den Inhalt betreffenden Vorschrift des Gesetzes entscheidend ist, so für die Frage, ob überhaupt eine steuerfreie Verfahrensvollmacht vorliegt, der Zweck, den das UrkStG. (und früher schon das Landesrecht) mit der Freilassung der Prozeßvollmachten verfolgt. Der Zweck dieser Befreiungsvorschrift ist aber kurz gesagt die Vermeidung der Doppelbesteuerung. Weil das DGKG. die „Justizsteuer" ausschließlich regelte, durften die Landesgesetze nach § 2 Abs. 1 DGKG. neben den Gebühren Stempel nicht mehr erheben. Und was das Reichsrecht für solche Rechtssachen, auf die das DGKG. nach seinem § 1 Anwendung findet, verbot, hat das Landesrecht freiwillig — aber doch nur in gewissen Grenzen! — auch da nicht getan, wo die Ähnlichkeit der tatsächlichen Verhältnisse „zu Erwägungen genötigt" haben würde, „die unberechtigt erscheinen mußten". An die Stelle der Landesrechte ist das Reichsrecht des UrkStG. getreten. Die historische Entwicklung gibt aber auch heute noch eine klare Richtschnur für die Auslegung der Befreiungsvorschrift: sie gilt zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung für alle Verfahren, für die das Reich oder ein Land bereits eine Steuer erhebt, und auch die Gebührenerhebung ist eine Art der Besteuerung. Freilich bleiben auch dann noch genügend Grenzfragen, bei denen die Entscheidung zweifelhaft sein kann. Es seien deshalb als Beispiele noch einige Fälle kurz erörtert, und zwar im Anschluß an die Erörterung bei Eißler, 80 ff. zu § 27 UrkStG. (soeben erschienen).

a) „Verfahren vor einer Behörde" liegt nur da vor, wo der Staat als Hoheitsträger beteiligt ist. So bei Anträgen auf Genehmigung oder auf Vornahme anderer Amtshandlungen. Nicht aber da, wo der Staat lediglich als Fiskus beteiligt ist. Wie, wenn der Staat zwar als Hoheitsträger beteiligt ist, aber nur in dem Sinne, daß er Einrichtungen für die Zwecke Privater zur Verfügung stellt, wenn er also durch gerichtliche Beurkundung zum Abschluß eines Rechtsgeschäfts mitwirkt, wenn er Grundbuchämter, Registerbehörden, Hinterlegungsstellen usw. zur Verfügung stellt? Nach Eißler soll eine Vollmacht zur Vertretung bei solchen Geschäften steuerpflichtig sein: das Gericht werde hier nicht „als Verwaltungs- bzw. gerichtliche Aufsichtsbehörde" tätig, sondern es handele sich um „eine zur Erreichung einer privatrechtlichen Wirkung gesetzlich vorgeschriebene Maßnahme". Als Beispiele führt er an den Antrag auf Umschreibung eines Grundstücks oder Eintragung einer Hypothek, die Anmeldung eines Vereins zum Vereinsregister. Aber die Steuerfreiheit soll sofort wieder eintreten, wenn der Antrag, z. B. vom

GBA., abgelehnt ist und nunmehr Vollmacht zur Beschwerde dagegen erteilt wird. Ich glaube, auch das ist eine „Unterscheidung, die der Anschauung der beteiligten Volkskreise unberechtigt erscheinen muß". Der Staat stellt das besondere Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegen besondere Gebühren zur Verfügung. Nach dem Zweck der Befreiungsvorschrift muß deshalb dieses Verfahren freibleiben von einer weiteren Steuer: die Vollmacht zur Vertretung z. B. bei der gerichtlichen Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages oder bei einem Antrag an das GBA. ist steuerfrei. Dann ergibt sich aber sofort die weitere Frage, wie die entsprechende Vollmacht zur Beurkundung durch den Notar behandelt werden soll. Der Notar ist weder „Gericht", noch „sonstige Behörde", sondern nur „Träger eines öffentlichen Amts". Trotzdem muß m. E. auch die Vollmacht zur Vertretung vor dem Notar urkundensteuerfrei sein: auch von dem Verfahren vor dem Notar erhebt das Reich eine Steuer in Gestalt der Gebührenabgabe. Hierzu kommt, daß die Reichsgesetzgebung in den letzten Jahren das Ziel verfolgt, die Tätigkeit der Notare niemals finanziell stärker zu belasten als die entsprechende Tätigkeit der Gerichte: die KostO. hat nicht nur die Gebühren für beide völlig gleich gestaltet, sondern auch dem Notar verboten, davon abzuweichen.

b) Auch der Gerichtsvollzieher ist weder „Gericht" noch „sonstige Behörde". Deshalb hat ein Finanzamt die Mitteilung an den Gerichtsvollzieher nach dem Anhang des Vordrucks V 105 der Hans-Soldan-Stiftung, daß Prozeßvollmacht erteilt sei, für urkundensteuerpflichtig erklärt, weil der Bevollmächtigte erst nach Beendigung des Prozesses im Vollstreckungsverfahren mit der Vertretung betraut war und nur für dieses. Wäre er tätig geworden gegenüber dem Gericht als Vollstreckungsorgan, so wäre die Vollmacht steuerfrei gewesen. Da es sich aber um eine Pfändung von beweglichen Sachen durch den Gerichtsvollzieher als Vollstreckungsorgan handelte, soll die Vollmacht steuerpflichtig sein! „Unterscheidungen, die der Anschauung der beteiligten Volkskreise unberechtigt erscheinen müssen!" Und sie sind hier auch sicher falsch: Der Gerichtsvollzieher ist Hilfsorgan des Gerichts. Seine Gebühren fließen in die Staatskasse. Der Anhang von V 105 enthält eine sog. „Vollmachtgeständnisurkunde", „Vollmachtsanzeige". Eine solche ist nach § 27 Abs. 1 Satz 3 steuerpflichtig, wenn die Vollmacht selbst nicht beurkundet ist. Aber sie ist dann doch nicht schlechthin immer steuerpflichtig, sondern nur dann, wenn auch die angezeigte Vollmacht steuerpflichtig wäre. Wäre diese selbst als Prozeßvollmacht steuerfrei, so kann unmöglich die Anzeige an den Gerichtsvollzieher, ein Hilfsorgan des Gerichts, daß sie erteilt sei, steuerpflichtig sein. Die Frage ist dieselbe, die auch für die Untervollmacht erörtert ist. Freilich hat es auch hier für das preußische Recht erst einer Entscheidung des RFH. (RFH. 40, 138; RStBl. 1936, 1103) bedurft, um klarzustellen, daß auch die Untervollmacht des Prozeßbevollmächtigten steuerfrei ist.

c) Wie im Zwangsversteigerungsverfahren? Die frühere Entscheidung des PrFinMin., die Steuerfreiheit der Vollmacht erstrecke sich nicht auf das Verfahren der Zwangsversteigerung zum Zwecke der Auseinandersetzung einer Gemeinschaft (§§ 180 ff. ZwVerstG.), kann heute m. E. — im Gegensatz zu Eiffler — nicht mehr aufrechterhalten werden. Unbestritten ist steuerfrei die Vollmacht eines am Verfahren Beteiligten, ihn zu vertreten. Aber auch dann, wenn sie gleichzeitig ermächtigt mitzubieten? Das wird von der herrschenden Lehre verneint. Der Bieter ist als solcher nicht „Beteiligter", und seine Vollmacht soll aus denselben Gründen steuerpflichtig sein wie die Vollmacht zum Abschluß eines Rechtsgeschäfts vor dem beurkundenden Gericht. Und doch bleibt auch seine Vollmacht eine „Vollmacht zur Vertretung in einem Verfahren vor einem Gericht oder einer sonstigen Behörde", wobei es natürlich keinen Unterschied machen kann, ob der Bieter zufällig „Beteiligter" ist oder nicht. Im Sinne der früheren Erörterungen müßte demnach die Bietungsvollmacht urkundensteuerfrei sein. Und dasselbe müßte wohl auch — ebenfalls im Gegensatz zur herrschenden Ansicht — gelten bei der Vollmacht zur Abtretung des Rechts aus dem Meistgebot, zur Abtretung der Forderung des Vollmachtgebers oder zur Weiterbelassung des fälligen Kapitals an den Ersteher, zur Empfangnahme des Versteigerungserlöses. Eiffler verneint mit der herrschenden Ansicht in allen diesen Fällen die Steuerfreiheit mit der Begründung, daß diese Vollmacht „über den Rahmen der Prozeßvollmacht hinaus" gehe: aber auch hier kommt es m. E. heute darauf nicht mehr an, wenn nur die Ermächtigung zu dem Verfahren vor dem Gericht in Beziehung steht und gerade aus Anlaß dieses Verfahrens gegeben wird und andererseits das Reich für das Verfahren Gebühren erhebt.

d) Sonstige Zweifel bei der Abgrenzung der „Gerichte" und „Behörden": die Dienststrafgerichte sind „Gerichte", Vollmachten zur Vertretung vor diesen sind steuerfrei. Dagegen sind die Parteigerichte der NSDAP., die Ehrengerichte für Anwälte, Ärzte usw. oder die nach dem ArbOG. bestellten Ehrengerichte nicht „Gerichte". Ebenso nicht Schiedsgerichte, auch nicht die Schiedsgerichte beim Reichsnährstand, obwohl sie im Sinne des Strafrechts Behörden sind und obwohl das Oberschiedsgericht selbst sie — wohl mit Recht — als reichsgesetzlich bestellte besondere Gerichte im Sinne des § 13 GVG. ansieht: Staatliche Gebühren werden für sie nicht erhoben.

e) Steuerpflichtig ist die Vollmacht für den nach § 16 PatG., § 20 GebrMustG., § 35 Abs. 2 WZG. zum Vertreter eines im Ausland wohnenden Berechtigten bestellten Patentanwalt oder Rechtsanwalt: sie gilt nicht nur zur Vertretung in einem Verfahren vor dem RPatA. und in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten oder Strafverfahren, die das Patent, Gebrauchsmuster oder Warenzeichen betreffen, sondern weit darüber hinaus zu jeder Geltendmachung von Rechten aus dem Patent usw.

3. Das die Zivilprozeßvollmacht betreffende Urteil des RFH. erklärt ferner für steuerfrei die Ermächtigung zur Vernichtung der Handakten. Es läßt dahingestellt, ob hier eine einseitig unterzeichnete Vertragsurkunde im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 2b UrkStG. vorliege (vgl. dazu für das frühere Recht meinen Aufsatz: JW. 1935, 3343 ff.). Es verneint die Urkundensteuerpflicht schon deshalb, weil der Vertrag jedenfalls nicht einen vermögensrechtlichen Gegenstand im Sinne des § 20 UrkStG. betreffe, sondern nur einen nebensächlichen Punkt des im übrigen nicht beurkundeten Mandatsvertrages: der wirtschaftlichen Bedeutung des § 20 würde es nicht entsprechen, die Klausel allein zur Grundlage für eine Besteuerung zu machen. Nicht aus Steuergründen, aber aus wichtigen anderen Gründen muß trotzdem diese Klausel in Zukunft aus den Vollmachten ebenso verschwinden wie viele andere das Vertragsverhältnis zwischen dem Anwalt und seinem Auftraggeber betreffende Klauseln. Wie insbesondere auch der Präsident der Reichsrechtsanwaltskammer wiederholt erklärt hat, ist es nach den Standesanschauungen unzulässig, in die Vollmachten Klauseln aufzunehmen, die der Unterzeichnende darin nicht erwartet, insbesondere Klauseln, die das Vertragsverhältnis für den Auftraggeber wesentlich ungünstiger gestalten als die gesetzlichen Bestimmungen. Unzulässig sind deshalb Klauseln über die Aktenvernichtung, Beschränkung der Haftpflicht, Abtretung der Kostenerstattungsansprüche (diese auch steuerpflichtig) u. a. Grundsätzlich sollten m. E. alle Klauseln, die lediglich das Vertragsverhältnis zwischen dem Anwalt und seinem Auftraggeber betreffen, aus der Vollmacht ausgeschlossen bleiben. Nur für die Vereinbarung des Gerichtsstandes könnte allenfalls eine Ausnahme zugelassen werden.

4. Zum Schluß sei noch darauf hingewiesen, daß verschiedene, häufig vorkommende „Vollmachten" schon deshalb nicht urkundensteuerpflichtig sind, weil sie gar nicht eine „Vertretungsmacht" erteilen, sondern nur eine Ermächtigung zu tatsächlichen Verrichtungen geben. So die „Vollmacht" zur Einsicht von Grundbüchern, Registern, Akten und anderen Schriftstücken, zur Einholung von Auszügen aus diesen, zur Weitergabe eines bereits beurkundeten

Antrages an das GBA., zur Empfangnahme des Hypothekenbriefes, zu unverbindlichen Vorverhandlungen usw. (Beispiele von Eiffler). (Gehört dazu auch die Vollmacht zur Empfangnahme der Patenturkunde? s. oben.) Auch dies wird vielfach übersehen. So ist noch jüngst die Vollmacht eines Rechtsanwalts zur Einsicht von Testamentsakten zur Urkundensteuer herangezogen worden.

Meine Schlußfolgerungen aus den Urteilen des RFH. mögen teilweise reichlich kühn erscheinen. Ich muß sie aber zur Erörterung stellen: wenn Ernst gemacht wird mit der Aufgabe, das neue Reichsrecht nach seinen eigenen Zwecken auszulegen, selbst auf die Gefahr hin, mit der früheren preußischen Praxis brechen zu müssen, wird man an ihnen nicht vorbeigehen können.

Die neue Mietregelung

Von Landgerichtsdirektor Dr. Römer, Berlin

Durch die 3. AV. zur VO. über das Verbot von Preiserhöhungen v. 27. Sept. 1937 (abgedruckt in JW. 1937, 2757) hat der RfPr. die bisherige Ausnahmeregelung für Mietpreiserhöhungen, die in Abschn. III der 1. AV. zur VO. über das Verbot von Preiserhöhungen v. 26. Nov. 1936 (RGBl. I, 956) enthalten war, aufgehoben. Zugleich ist durch eine 4. Anordnung über die Wahrnehmung der Aufgaben und Befugnisse des RfPr. v. 27. Sept. 1937 eine Neuregelung hinsichtlich des Verfahrens erfolgt. Diese beiden Verordnungen haben in der Öffentlichkeit mehr Beachtung gefunden, als zu erwarten war, obwohl durch sie lediglich die bisher geltenden Ausnahmebestimmungen beseitigt und die Vorschriften der PreisstopVO. uneingeschränkt auch für die Mieten eingeführt werden.

Die bisherige Rechtslage war folgende:

Grundsätzlich wurden der Miet- und Pachtzins für Räume nach dem Stand vom 30. Nov. 1936 festgehalten. Hiervon bestanden indessen eine Reihe von Ausnahmen. Für diejenigen Räume, welche dem RMietG. unterliegen, wurden die Bestimmungen des RMietG. einschließlich der reichs- und landesrechtlichen Ausführungsbestimmungen aufrechterhalten mit der Beschränkung, daß eine höhere als die gesetzliche Miete nicht neu vereinbart werden durfte. War aber am 30. Nov. 1936 eine höhere als die gesetzliche Miete bereits vereinbart, so blieb diese gültig und konnte auch bei Abschluß neuer Mietverträge weiter vereinbart werden. Der Mietzins für Alträume, die dem RMietG. unterliegen, konnte bis zur gesetzlichen Miete erhöht werden, falls die bis dahin vereinbarte Miete niedriger als die gesetzliche Miete war. Auch die übrigen Bestimmungen des RMietG., insbesondere über die Berufung auf die gesetzliche Miete, die Erhöhung der Friedensmiete sowie die Festsetzung eines Zuschlags zur gesetzlichen Miete waren weiterhin gültig. Auch dort, wo nach Landesrecht der Hauseigentümer infolge Erhöhung von Gebühren zu einer Mieterhöhung berechtigt war, blieb dies weiterhin zulässig.

Bei Räumen, die dem RMietG. nicht unterliegen, galt zwar ebenfalls der allgemeine Grundsatz, daß der Mietzins für derartige Verträge nicht über den am 30. Nov. 1936 geltenden erhöht werden durfte, daß vielmehr zu einer Erhöhung eine Genehmigung nach § 3 PreisstopVO. erforderlich war. Es gab indessen eine Reihe von Ausnahmen, in denen eine Erhöhung ohne Genehmigung der zuständigen Preisbildungsstelle möglich war. Diese Ausnahmen waren folgende:

1. Bei wesentlicher Änderung der Benutzungsart der Mieträume seit dem 30. Nov. 1936 war eine entsprechende Steigerung des Mietzinses ohne Genehmigung der Preisbildungsstelle zulässig.
2. Das gleiche galt, wenn der Vermieter in den Räumen seit dem 30. Nov. 1936 Änderungen vorgenommen hatte, die den Mietwert der Räume erhöhen.
3. Wenn sich nach dem 30. Nov. 1936 die von dem Vermieter vertraglich oder kraft Gesetzes zu tragenden Lasten erhöhten, so konnte der Mehrbetrag nach dem Verhältnis der gezahlten Miete auf die Mieter umgelegt werden.

Das alles galt auch bei Pachtverhältnissen über gewerbliche Räume. Für Streitigkeiten, die sich bei Anwendung dieser Bestimmungen ergaben, war das Mieteinigungsamt zuständig.

Diese ersten vorläufigen Maßnahmen haben zu zahlreichen Zweifelsfragen geführt. Auch die Gerichte haben sich mit einer Reihe dieser Fragen beschäftigt und sind zu Entscheidungen gekommen, die sich zum Teil widersprachen. Von einer Reihe von Vermietern sind außerdem die in der AV. vorgesehenen Möglichkeiten dazu benutzt, um Mietsteigerungen durchzusetzen, die sachlich nicht berechtigt waren. Wenn auch anerkannt werden muß, daß ein großer Teil der Hausbesitzer sich an die bestehenden Bestimmungen gehalten hat, so sind doch namentlich auf dem Gebiet der sogenannten Umbauwohnungen erhebliche Mißstände aufgetreten. Außerdem ist mit Recht darüber Klage geführt, daß gerade die Wohnungen, die dem RMietG. unterliegen, also die billigen Wohnungen, durch den Preisstop nicht in vollem Umfang geschützt wurden, daß vielmehr gerade hier auf Grund der verschiedenen Möglichkeiten eine Erhöhung des Mietzinses in gewissen Fällen eintreten konnte. Auch die bisherige Verfahrensregelung hat zu manchen Mißständen geführt. Infolgedessen sind die bisherigen Ausnahmeregelungen vollständig beseitigt; an ihre Stelle ist die PreisstopVO. in vollem Umfang in Kraft gesetzt.

Die neue Rechtslage ist danach folgende: Grundsätzlich gilt für alle Mietverhältnisse der Stichtag v. 30. Nov. 1936. Soweit beim Inkrafttreten der 3. AV. Miet- oder Pachtzinsfestsetzungen durch die zuständigen Stellen auf Grund der bisherigen Bestimmungen vorgenommen worden sind, bleiben sie auf Grund ausdrücklicher Bestimmung wirksam. Die Zweifelsfrage, ob die in der Zeit v. 18. Okt. bis 30. Nov. 1936 vorgenommenen Vereinbarungen wirksam bleiben, ist damit in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung im Sinne der Gültigkeit solcher Vereinbarungen entschieden. Verträge, die in der fraglichen Zeit abgeschlossen sind, bleiben also bestehen, auch wenn sie erst zu einem späteren Zeitpunkt in Kraft getreten sind. Soweit Mieterhöhungen auf Grund der bisherigen Ausnahmebestimmungen ohne Zustimmung der Preisbildungsstelle oder des Mieteinigungsamts vorgenommen werden konnten, bleiben auch diese gültig. Sie unterliegen indessen auf Antrag eines Mieters der Nachprüfung, um gegebenenfalls festzustellen, ob die Voraussetzung einer Mieterhöhung tatsächlich vorgelegen hat oder nicht.

In Zukunft bedürfen Mieterhöhungen, die auf die bisherige Ausnahmebestimmung der 1. AV. Ziff. III Abs. 2 gegründet werden sollen, in allen Fällen der Zustimmung der zuständigen Behörde. Eine solche Genehmigung kann lediglich auf Grund von § 3 PreisstopVO. erteilt werden. Voraussetzung ist also, daß eine Ausnahme aus volkswirtschaftlichen Gründen oder zur Vermeidung besonderer Härten dringend erforderlich erscheint. Mit Rücksicht auf die Besonderheit der Mietregelung werden Anweisungen darüber, was als volkswirtschaftlich gerechtfertigt anzusehen ist, noch ergehen müssen. Vereinbarungen, die ohne ausdrückliche Genehmigung erfolgen, sind unwirksam und für beide Vertragsteile straf-

bar. Das gilt insbesondere auch für die nicht genehmigte Neueinführung oder Erhöhung von Nebenleistungen jeder Art. Unzulässig ist es beispielsweise, Untermietzuschläge neu einzuführen, den Mieter zu verpflichten, Instandsetzungskosten auszuführen, zu denen er bisher nicht verpflichtet war. Unzulässig wäre es beispielsweise auch, die Vertragsbestimmungen dahingehend zu ändern, daß der Mieter künftig im voraus zahlt, während er bisher nachträglich den Mietzins gezahlt hatte.

Für Räume, die dem RMietG. unterliegen, ist die Rechtslage mit Rücksicht darauf, daß die Vorschriften des RMietG. durch die PreisstopVO. nicht ohne weiteres aufgehoben sind, folgende: In Zukunft darf auch bei diesen Mietverhältnissen keine höhere Miete als die am 30. Nov. 1936 vereinbart gewesene ohne vorherige Genehmigung der zuständigen Behörde gefordert werden. Die Bestimmungen hinsichtlich der Möglichkeit einer Erhöhung mit Genehmigung der zuständigen Behörde gelten auch hier.

Gemäß § 1 RMietG. ist der Vermieter berechtigt, sich bei bestehenden Mietverhältnissen durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Mieter mit der gesetzlichen Frist des § 565 BGB. auf die gesetzliche Miete zu berufen. Nach Ablauf eines Jahres seit Beginn der Mietzeit ist allerdings diese Berufung nur zulässig, wenn der Vermieter in wirtschaftliche Notlage geraten und die Änderung der Miete auch bei Berücksichtigung der Verhältnisse des Vermieters nicht unbillig war. Diese Vorschriften gelten an sich auch jetzt noch. Indessen bedarf der Vermieter, der auf diese Weise einen höheren Mietzins verlangen will, fortan der Zustimmung der Preisbildungsbehörde. Das gleiche gilt für die Festsetzung einer Zusatzmiete durch den Vermieter.

Das Recht, beim MEA. auf Grund von § 2 RMietG. die Neufestsetzung der Friedensmiete zu beantragen, bleibt auch weiterhin bestehen. Das MEA. kann ebenso auf Grund von § 10 RMietG. einen Zuschlag für gesetzliche Miete festsetzen. Wird hierdurch indessen der Mietzins erhöht, so bedarf das MEA. vor seiner Entscheidung der Zustimmung der zuständigen Preisbildungsstelle. Das MEA. ist also in solchen Fällen genötigt, seine Entscheidung auszusetzen und die Entscheidung der zuständigen Preisbildungsbehörde einzuholen. Versagt diese die Genehmigung, so kann auch das MEA. einer Erhöhung nicht zustimmen.

Soweit Teile des Mietzinses bisher nach ihrer tatsächlichen Höhe erhoben wurden, bleibt dies auch weiterhin zulässig. Dies gilt insbesondere für das Wassergeld und die Heizungskosten, falls diese besonders berechnet wurden. Zulässig bleibt auch die Neuumlage von Wassergeld, falls dabei entsprechend der Vorschrift des RMietG. die gesetzliche Miete um 3% der Friedensmiete gekürzt wird. Ebenso bleiben die für Schönheitsreparaturen geltenden Vorschriften bestehen. Dagegen berechtigt die Neueinführung und Erhöhung von Gebühren den Hauseigentümer nicht ohne weiteres zu einer entsprechenden Mieterhöhung, vielmehr bedarf es hierzu in Zukunft der Zustimmung der Preisbildungsstelle.

Erhöhungen durch steuerliche Belastung, die sich aus der Änderung des ReichsgrundsteuerG. ergeben, dürfen nicht zu Mietsteigerungen führen. Ebensowenig bedeutet der Wegfall der für die Durchführung von Wohnungsteilungen gewährten Hauszinssteuerermäßigungen eine Leistungserhöhung im Sinne der Preisstopvorschriften. Wenn v. 1. April 1938 ab die Stundungen oder Niederschlagungen der Hauszinssteuer zugunsten erwerbsloser oder bedürftiger Mieter fortfallen, so stellen die durch den Fortfall der Niederschlagung entstehenden Mehrausgaben für Miete keine Mieterhöhung des Mieters dar, sie sind daher auch dann nicht genehmigungspflichtig, wenn das zuständige Wohlfahrtsamt dem Mieter an Stelle der bisherigen Niederschlagung der Hauszinssteuer keine entsprechende Unterstützung zubilligt.

Während im allgemeinen also die Stopmiete des Stichtages weiter in Geltung bleibt und eine Heraufsetzung stets der Genehmigung nach § 3 PreisstopVO. bedarf, besteht andererseits auch die Möglichkeit, einzelne Mieten, dort wo sie überhöht sind, zu senken, und zwar auf Grund von § 2 Ges. zur Durchführung des Vierjahresplans — Bestellung eines RfPr. — v. 29. Okt. 1936 (RGBl. I, 927). Durch diese Bestimmung ist der Reichskommissar ermächtigt, die zur Sicherung volkswirtschaftlich gerechtfertigter Preise und Entgelte erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Diese Befugnisse kann der Reichskommissar ganz oder teilweise auf andere Stellen übertragen. Mit Rücksicht darauf, daß bisher eine Spezialregelung hinsichtlich der Mieten durch die 1. AusfVO. getroffen war, wurde in der Literatur die Ansicht vertreten, daß durch diese lex specialis für die Anwendung des § 2 kein Raum mehr sei. Nachdem diese lex specialis fortgefallen ist, kann es nunmehr keinem Zweifel mehr unterliegen, daß die Möglichkeit, von der Befugnis des § 2 PreisbildungsG. Gebrauch zu machen, unbedenklich für alle Preisbildungsbehörden besteht. Die Preisbildungsbehörden können daher alle Maßnahmen treffen, die zur Sicherung volkswirtschaftlich gerechtfertigter Mieten bei Wohn- und Geschäftsräumen erforderlich sind. Es besteht also die Möglichkeit, im Einzelfall oder allgemein Wohnungsmieten, wenn diese ungerechtfertigt hoch sind, von Amts wegen oder auf Antrag eines Mieters herabzusetzen; allerdings dürfen Maßnahmen allgemeiner Art nur mit Genehmigung der allgemeinen Preisbildungsstellen, in Preußen des Oberpräsidenten, erfolgen.

Zusammenfassend gesagt, besteht also z. Z. ein festes Mietniveau, mit der Möglichkeit, dieses durch Maßnahmen der Preisbildungsbehörden nach oben oder nach unten zu regulieren.

Hinsichtlich des Verfahrens sind durch die 4. Anordnung entscheidende Veränderungen eingetreten. Über Anträge auf Änderung des Mietzinses hatten nach dem RMietG. die damals paritätisch besetzten MEA. zu entscheiden, die den Gemeinden angegliedert waren. Diese MEA. sind aufgehoben. Seither entschieden die bei den Gerichten bestehenden MEA. über alle Mietzinsangelegenheiten, und zwar ohne Beisitzer. Nach dem Organisationserlaß des Reichskommissars für die Preisbildung v. 12. Dez. 1936 waren zur Entscheidung über Ausnahmeanträge nach § 3 PreisstopVO. die Preisbildungsstellen — also in Preußen die Oberpräsidenten — zuständig, während über Streitigkeiten aus Abs. 3 der 1. AusfVO. v. 30. Nov. 1936 die MEA. entschieden. Die Folge war, daß sich oft Widersprüche der einzelnen zur Entscheidung berufenen Behörden ergaben. Diesem Zustand mußte ein Ende gemacht werden, insbesondere war es auf die Dauer unmöglich, daß der Operpräsident über einzelne Anträge entschied, da er räumlich den einzelnen Gemeinden zu fern stand. Es ist deshalb im weitesten Maße eine Dezentralisation vorgenommen. Die Frage, ob MEA. oder Verwaltungsbehörden entscheiden sollen, ist dahin geregelt, daß die Entscheidung den Stadt- und Landkreisen als staatliche Aufgaben übertragen ist. Es entscheiden also in Zukunft in der Regel die Oberbürgermeister oder Landräte in ihrer Eigenschaft als Kommunalbehörden. In Landkreisen besteht darüber hinaus die Möglichkeit, die übertragene Befugnis auf kreisangehörige Gemeinden mit mehr als 10000 Einwohnern weiter zu übertragen. An Stelle der Gemeinden treten in der Rheinprovinz und in Westfalen die Ämter. Die Entscheidung der mit der Preisbildung beauftragten Behörden ist endgültig. Ein formelles Beschwerderecht ist nicht gegeben. Lediglich die Dienstaufsichtsbeschwerde ist nach allgemeinen Grundsätzen der Verwaltung zulässig. Den Gemeinden sind damit sehr wichtige Aufgaben übertragen, denen sie sich mit besonderer Sorgfalt unterziehen werden. Eine Verschiedenartigkeit der Rechtsprechung muß unbedingt vermieden werden.

Aus der Deutschen Rechtsfront

Die 4. Jahrestagung der Akademie für Deutsches Recht

Die 4. Jahrestagung der Akademie für Deutsches Recht, die vom 29. bis 31. Okt. in München stattfand, lieferte den Beweis, daß die Erneuerung des Rechts des deutschen Volkes wiederum ein erhebliches Stück vorwärtsgebracht worden war. Neben den großen repräsentativen Veranstaltungen, der Vollsitzung in der Aula der Universität und dem Richtfest zum Hause des Deutschen Rechts, dessen Grundstein vor einem Jahr gelegt wurde, tagten vor und nach der Vollversammlung zahlreiche Ausschüsse. Den tragenden Vortrag der Vollversammlung am Sonnabendmittag hielt nach der Eröffnung durch den Präsidenten der Akademie für Deutsches Recht, Reichsminister Dr. Frank, diesmal der Reichsminister des Äußeren und Mitglied der Akademie für Deutsches Recht, Frhr. v. Neurath. Ihr schloß sich am Nachmittag die öffentliche Tagung der Abteilungen für Rechtsgestaltung und Rechtsforschung an, die dann am Sonntagvormittag ihre Fortsetzung fand. Diese Tagung war ausschließlich der Erneuerung des Bürgerlichen Rechts gewidmet. Der Vizepräsident der Akademie, Prof. Dr. Emge, zeigte hier die Grundlinien dieser Erneuerung auf, die dann im einzelnen von den Professoren und Mitgliedern der Akademie für Deutsches Recht Dr. J. W. Hedemann, Berlin, Dr. J. Binder, Göttingen, Dr. Cl. Frhr. v. Schwerin, München, Dr. E. R. Huber, Leipzig, Dr. Jens Jessen, Berlin, und Dr. W. Schmidt-Rimpler, Berlin, behandelt wurden.

Die von zahlreichen hervorragenden Juristen des In- und Auslandes besuchte Vollversammlung nahm einen glänzenden Verlauf. Als Präsident der Akademie für Deutsches Recht konnte Reichsminister Dr. Frank vor allem den italienischen Justizminister Solmi begrüßen, der als Vertreter des Duce und des italienischen Volkes an der Tagung teilnahm. Auch gegenüber dem Reichsstatthalter von Bayern, Reichsleiter General Ritter v. Epp, fand Reichsminister Dr. Frank Worte herzlicher Begrüßung. An die Ausführungen von Reichsleiter v. Epp im Kolonialrechtsausschuß der Akademie anknüpfend, dankte Reichsminister Dr. Frank im Namen der Akademie für Deutsches Recht dem Duce Benito Mussolini für sein Bekenntnis zu den naturrechtlichen Ansprüchen Deutschlands auf Kolonialbesitz. Dann entließ er den bisherigen Vizepräsidenten der Akademie, Geheimrat Prof. Dr. Kisch, mit ehrenden Worten aus seiner Tätigkeit und übermittelte ihm im Auftrage des Führers und Reichskanzlers die Goethe-Medaille für Kunst und Wissenschaft.

In seinem anschließenden kurzen Rechenschaftsbericht über die Arbeiten der Akademie konnte Reichsminister Dr. Frank feststellen, daß das verflossene Jahr auch für den deutschen Rechtswahrer ein Jahr der Leistung und des Aufstieges gewesen sei. Niemand in der Welt könne die Kraft der nationalsozialistischen Rechtsidee wirksam anfechten. Das Ansehen des nationalsozialistischen Rechtsdenkens sei auf der ganzen Welt im Ansteigen begriffen. Das ewige deutsche Reich werde auf den unzerstörbaren Substanzwerten der Rasse, des Bodens, der Arbeit, der Einheit und Stärke der nationalsozialistischen Gemeinschaft erfolgreich weiter aufgebaut.

Von lebhaftem Beifall begrüßt, sprach anschließend der italienische Justizminister Solmi, der die Gemeinsamkeiten der deutsch-italienischen Politik darstellte und sich scharf gegen Demokratie und Bolschewismus wandte. Abschließend betonte Justizminister Solmi das Verdienst der Akademie für Deutsches Recht, das Recht des Nationalsozialismus in Deutschland einer wissenschaftlichen Forschung unterlegt zu haben.

Die anschließenden Ausführungen des Reichsaußenministers Frhr. v. Neurath waren von einer außerordentlichen politischen Tragweite, enthielten sie doch eine deutliche Entgegnung Deutschlands auf die von den führenden Mächten des Völkerbundes immer und immer wieder gemachten Vorschläge einer kollektiven Sicherung. Das allgemeine Schlagwort einer Kollektivitätspolitik oder kollektiven Sicherheit stamme, so erklärte der Reichsaußenminister, aus der Ideologie des Völkerbundes. Wenn der englische Ministerpräsident die Feststellung getroffen habe, daß das Versagen des Völkerbundes in erster Linie auf die Tatsache zurückzuführen sei, daß sich ein Teil der mächtigen Staaten von Genf fernhalte, so sei das eine Verwechslung von Ursache und Wirkung. Infolge der groben Fehler und Lücken der Völkerbundssatzung habe sich diese nicht als Friedensinstrument, sondern als bequeme Einrichtung für eine Politik qualifiziert, die auf die Verewigung eines gegebenen politischen Besitzstandes und die Erhaltung einer bestimmten einmaligen Machtposition gerichtet gewesen sei. Unter Hinweis auf die immer eklatanter gewordenen Mißerfolge des Völkerbundes schilderte Frhr. v. Neurath, wie aus dem Gedanken der Sanktionspolitik das Projekt der Regionalpakte hervorgegangen sei. Wörtlich erklärte der Reichsaußenminister: „Nach allen Erfahrungen in und außer dem Völkerbund kann es als ein sicheres Gesetz gelten, daß ein wirksamer organisatorischer Zusammenschluß von Staaten nur insoweit möglich ist, als er ausschließlich zur Erreichung von Zielen dient, an deren Erreichung diese Staaten alle das gleiche Interesse haben. Aus der Erkenntnis dieser elementaren Tatsachen heraus ist die Reichsregierung stets dafür eingetreten, jedes konkrete internationale Problem nach den gerade dafür geeigneten Methoden zu behandeln, es nicht unnötig durch die Verquickung mit anderen Problemen zu komplizieren und, soweit es sich um Probleme zwischen nur zwei Mächten handelt, dafür auch den Weg unmittelbarer Verständigung zwischen diesen beiden Mächten zu wählen. Wir können uns darauf berufen, daß sich diese politische Methode nicht nur im deutschen, sondern auch im allgemeinen Interesse voll bewährt hat.“

Unter Bezugnahme auf die ablehnende Antwort Deutschlands zur Teilnahme an der Brüsseler Konferenz erklärte der Reichsaußenminister, daß Deutschland jederzeit bereit sei, bei dem Versuch einer Vermittlung zwischen Japan und China mitzuwirken, wenn für diesen Versuch die unerläßlichen Voraussetzungen gegeben seien und er in der geeigneten Weise unternommen werde. Abschließend erklärte der Reichsaußenminister: „Wenn sich die Anhänger der Kollektivitätsidee weder durch die Erfahrungen der letzten Jahrzehnte, noch auch durch nüchterne Beurteilung der realen politischen Möglichkeiten bekehren lassen wollen, dann mögen sie doch zum mindesten davon ablassen, für sich die höhere Moral und den besseren Willen in Anspruch zu nehmen. Sie mögen ihrerseits zeigen, welche greifbaren Resultate sie mit ihren Plänen erzielt haben. Ich sehe keine. In der Politik, auch in der Friedenspolitik entscheidet aber der Erfolg, nicht die bloße Aufstellung schöner Ziele, die bestechend wirken mögen, die aber praktisch unerreichbar und deshalb wertlos sind.“

Nach einleitenden Worten des Vizepräsidenten der Akademie für Deutsches Recht, Prof. Dr. Emge, ergriff in der öffentlichen Tagung der Abteilungen für Rechtsgestaltung und Rechtsforschung zunächst Prof. Dr. Hedemann zu seinen, die „Grundzüge des bürgerlichen Rechts“ behandelnden Ausführungen das Wort. Von allen Seiten her, so erklärte Prof. Dr. Hedemann, werde die Erneuerung des bürgerlichen Rechts in Angriff genommen. Diese Erneuerung werde bei Einzelgebieten beginnen müssen, nach deren Klärung die Schaffung eines Zentralgesetzes zweckmäßig erscheine. Dieses Zentralgesetz müsse unter vier Blickpunkten, vom Standpunkt

der Rechtsgelehrsamkeit, dem der Staatsregie, dem des Richtertums und dem des Publikums, erlassen werden. Zu gipfeln habe es im Zeichen der Volksgemeinschaft.

Prof. Dr. Binder gab in seinem Vortrage über „Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für die Erneuerung des Privatrechts" eine Darstellung dessen, was nach seiner Ansicht in ein künftiges Gesetzbuch des Privatrechts hineingehöre, wobei er besonders die Frage des „Allgemeinen Teils" berührte. Ein „Allgemeiner Teil", wie ihn das bisherige BGB. habe, müsse heute abgelehnt werden, da die Vorstellung von abstrakt allgemeinen Rechtsbegriffen und erst recht die von abstrakt allgemeinen Rechtssätzen geradezu unmöglich sei. Zusammenfassend erklärte Prof. Dr. Binder, daß das künftige Gesetzbuch von dem bisherigen BGB. grundverschieden sein müsse. Für die Gestalter des neuen Gesetzbuches könne es sich nicht um Flickwerk am alten BGB. handeln, sondern die Aufgabe könne nur sein: Ein neues Werk aus einem neuen Geist zu schaffen, aus dem Geiste des Rechts der Volksgemeinschaft, der der Geist des Dritten Reiches ist.

Über „Rechtserneuerung und Rechtsgeschichte" sprach anschließend Prof. Dr. Frhr. v. Schwerin. Die wissenschaftliche Erforschung der germanischen Rechte und des älteren deutschen Rechts sei allerdings, so betonte der Vortragende, nur möglich an Hand der Gesamtheit der zahlreich vorhandenen germanischen Quellen und nicht auf Grund einzelner von ihnen. Ferner seien die kulturellen und sonstigen Voraussetzungen klarzustellen, unter denen die einzelnen Sätze des älteren Rechts Geltung hatten. Unter Berücksichtigung ihrer zeitlichen Bedingtheit werde der Entscheidung darüber der Weg geebnet, inwieweit solche Sätze heute aufnehmbar seien. Als letzten Punkt behandelte er die für die germanische Rechtsordnung kennzeichnende Harmonie des Gesamtbaues, eine Folge der Kunst des Ausgleiches zwischen den verschiedenen Leitgedanken des älteren Rechts.

In seinem Vortrag über „Öffentliches Recht und Neugestaltung des bürgerlichen Rechts" erklärte Prof. Dr. Huber, daß die Erneuerung des Privatrechts mit dem neuen Aufbau des Verfassungs- und Verwaltungsrechts unmittelbar verbunden sei. Die Grundlage, auf der dieser gesamte Rechtsbau errichtet werden solle, könne nicht mehr die Trennung vom öffentlichen und privaten Rechte sein, da das völkische Recht auf der inneren Übereinstimmung des volksgenössischen und des politischen Daseins beruhe. Die Trennung von Exekutive und Privatrechtsordnung, der eigentliche Sinn des Gegensatzes von öffentlichem und privatem Recht, sei in doppelter Weise überwunden. Zunächst sei das zur Ordnung des Gemeinrechts ergehende Gesetz kein Akt gesellschaftlich-parlamentarischer Willensbildung mehr, sondern ein Akt des Führers, der Gesetzgebung und Exekutive in sich vereinige. Vor allem aber würden die Bindungen nicht durch staatliches oder ständisches Gesetz verwirklicht, sondern auch durch Hoheitsakte der staatlichen oder ständischen Verwaltung, die den Einzelfall gestalteten. Die deutsche Rechtserneuerung würde ihren Sinn nur erfüllen, wenn sie der natürlichen Ordnung des völkischen Lebens gestalthaften Ausdruck zu geben vermöge. Dazu sei notwendig, daß die Trennungen und Gegensätze, die die verschiedenen Sachgebiete des bisherigen Rechts trennten, überwunden und an ihre Stelle das System des Rechtes auf den politischen, kulturellen, wirtschaftlichen und sozialen Ordnungen des völkischen Lebens gegründet würde. Die Volksgemeinschaft sei nur dann eine Wirklichkeit, wenn sie auch im Rechte eine Einheit bilde.

Prof. Dr. Jens Jessen sprach über „Die Volkswirtschaftslehre und das neue bürgerliche Recht". Er erklärte, es sei bekannt, daß dem Teil der Rechtsordnung, der früher als öffentliches Recht bezeichnet wurde, eine wesentliche Zahl der rechtspolitischen Aufgaben zufalle, die sich aus den Forderungen des deutschen Sozialismus ergäben. Der Nationalsozialismus erkenne als konstruktives Merkmal der Persönlichkeit die Verwurzelung des Einzelnen in der Gemeinschaft, weshalb es wohl richtiger wäre, im künftigen Recht nicht von Personenrecht, sondern von Persönlichkeitsrecht zu sprechen. Das Schwergewicht der Bestrebungen zur Neugestaltung des Bürgerlichen Rechts sah Prof. Dr. Jessen bei den einzelnen Lebensbezirken, die er im weiteren Verlauf seines Vortrages behandelte. Zusammenfassend erklärte er, daß das Urteil, das die Volkswirtschaftslehre dem neuen Bürgerlichen Recht zuteil werden lassen werde, sich durch das Maß, in dem die Rechtspolitik der konkreten Gemeinschaft und der konkreten Persönlichkeit — dem einen in dem anderen — zur Verwirklichung zu helfen weiß, bestimmen werde.

Als letzter Redner der öffentlichen Tagung für Rechtsforschung und Rechtsgestaltung behandelte Prof. Dr. Schmidt-Rimpler Fragen der „Methode des bürgerlichen Rechts" unter Einbeziehung des Handels- und Wirtschaftsrechts und dieser Gebiete untereinander. Die Aufgabe der Wissenschaft wäre es, die Systematik zur Darstellung zu bringen, während die Neugestaltung des Rechts nicht nach einem systematischen Plan, sondern viel eher von Stufe zu Stufe vonstatten gehen könnte, wie die Dinge gerade anfielen. Eingehend behandelte Prof. Dr. Schmidt-Rimpler den Unterschied zwischen Handels- und Wirtschaftsrecht im künftigen Recht.

Als zweite der großen repräsentativen Veranstaltungen der diesjährigen Jahresversammlung der Akademie für Deutsches Recht folgte sodann das Richtfest des Hauses des Deutschen Rechts. In seiner Ansprache wies Reichsminister Dr. Frank nach Verlesung eines Telegramms des Führers darauf hin, daß es ohne Recht keine Freiheit gäbe. Der Bau diene der Idee des Rechts in seiner reinsten Form, er sei ein steingewordener Programmpunkt der NSDAP., denn er gäbe den Männern, die an der Verwirklichung des Punktes 19 des Parteiprogramms zu arbeiten hätten, die für ihre Arbeiten erforderlichen Voraussetzungen. Reichsminister Dr. Frank schloß mit dem Wunsche, daß in diesem Hause der Geist der alten Garde des Führers und des Blutzeugen des deutschen Rechts, Theodor von der Pfordten, leben möge.

Ministerpräsident Siebert unterstrich die Ausführungen des Präsidenten der Akademie für Deutsches Recht und schloß mit dem Wunsche, daß deutsches Rechtsgefühl und Rechtsempfinden die Grundlage des künftigen deutschen Rechts werden möge.

*

Von den Arbeiten der mehr als zwanzig Ausschüsse fanden besonderes Interesse die des Kolonialrechtsausschusses, in dem Reichsleiter Ritter v. Epp den völkerrechtlichen Standpunkt, den Deutschland in der Kolonialfrage vertritt, darlegte. Erneut wies Ritter v. Epp darauf hin, daß Deutschlands Wirtschaftsnot nur durch die Rückgabe der Kolonien behoben werden könne. Er erklärte, daß eine Scheidung der Rohstoffrage, Raumfrage, Kolonialfrage oder eine sonstige Problemteilung nach der geschichtlichen Entwicklung, die im allgemeinen und nach Versailles im besonderen die wirtschaftliche Gegenwart bestimme, unmöglich sei. Deutschlands schwerer Kampf um Lebensmittel und industrielle Rohstoffe sei zu einem sehr großen Teil durch die Wegnahme seiner Kolonien, d. h. seiner überseeischen Raumpotenz, bedingt. Das deutsche Volk, das seit der Wegnahme der Kolonien durch die Manipulationen von Versailles gegen diese Beschneidung seines Lebensraumes protestiert habe, sei im Laufe der Entwicklung der letzten zwanzig Jahre, besonders aber seit der Machtübernahme durch den Nationalsozialismus, zu der Überzeugung gekommen, daß es wieder in den Besitz seines kolonialen Eigentums gelangen muß. An dieser Überzeugung, die heute Gemeingut des deutschen Volkes geworden sei, lasse sich durch gegnerische Taktik nichts ändern.

Wn.

Schrifttum

Hanns Seel, MinDirigent im R. u. PrMdJ.: **Das deutsche Beamtengesetz** mit Durchführungsvorschriften und Beispielen für die Praxis. Berlin 1937. Verlag Franz Vahlen. 295 S. Preis geb. 9 *RM.*

Der Verf., dessen Textausgabe zum DBG. und zur RDStrO. („Das neue Beamtenrecht") JW. 1937, 920 besprochen worden ist, liefert mit dem hier angekündigten Erläuterungswerk zum DBG. einen neuen wichtigen Beitrag zum Schrifttum des deutschen Beamtenrechts.

Das Buch bringt außer einem kurzen Vorwort zunächst eine lehrreiche „Einführung" in das neue Beamtenrecht, an die sich ein Abdruck der amtlichen Begründung zum DBG. und sodann der vom Verf. eingehend erläuterte Text des DBG. anschließt; den Abschluß des Buches bildet ein ausführliches Sachverzeichnis.

Als künftige Benutzer seines Werkes denkt sich der Verf. außer Behörden und Dienststellen, die Beamte zu betreuen haben, „vor allem die deutschen Beamten selbst", denen der Verf. das vorliegende Werk in seinem Vorwort mit kameradschaftlichen Worten gewidmet hat. Entsprechend diesem angestrebten breiten Benutzerkreis hat es der Verf. vermieden, seine Erläuterungen allzusehr mit theoretischer Problematik zu belasten. Statt dessen ist das Buch darauf angelegt, in vorbildlich klarer Sprache die praktisch bedeutsamen Fragen herauszustellen und in leicht faßlicher Weise zu behandeln. Wissenschaftliche Zitate und Auseinandersetzungen enthält das Buch kaum. Innerhalb seiner eigenen Zielsetzung ist es aber für den erstrebten Benutzerkreis wegen der unbeschwerten Klarheit der gebotenen Erläuterungen ein besonders geeignetes Werk. Eine bevorzugte Behandlung hat der Verf. vor allem den tragenden Grundgedanken des Gesetzes und allen Neuerungen, die dieses gegenüber dem bisherigen Rechtszustand gebracht hat, zuteil werden lassen. Die eindringliche Behandlung der nationalsozialistischen Grundlegung des neuen Beamtenrechts gibt dem Buch seine besondere Note, was um so bedeutsamer ist, als der Verf. in dieser Hinsicht wegen seines beachtlichen Anteils, den er seit dem Anbruch des Dritten Reiches an der Neugestaltung des deutschen Beamtenrechts hat, zweifellos am ehesten zur Vermittelung und Ausdeutung des neuen Gedankengutes im Bereich des Beamtenrechts berufen ist.

RA. **Reuß**, Berlin.

Dr. Walther Grunewald, MinR. im R.- u. PrMdJ.: **Das Deutsche Polizeibeamtengesetz nebst Durchführungsverordnung.** Kommentar. Berlin 1937. Carl Heymanns Verlag. VII, 283 S. Preis geb. 7 *RM.*

In den Polizeibeamtengesetzen der Länder war den Besonderheiten des Polizeidienstes, die Abweichungen von den allgemeinen Beamtengesetzen erforderlich machen, Rechnung getragen. Alle diese Gesetze waren aber durch das Deutsche Beamtengesetz vom 26. Jan. 1937 (§ 184 Abs. 1 Satz 1 DBG.) aufgehoben. Im § 171 Abs. 4 DBG. war der Vorbehalt gemacht, daß abweichende Vorschriften für Polizeibeamte durch Gesetz erlassen werden können.

Diese abweichende Regelung für Polizeibeamte ist durch das Deutsche Polizeibeamtengesetz v. 24. Juni 1936 (PolBG.) erfolgt.

Das Gesetz ist erst wenige Tage vor seinem Inkrafttreten erlassen und veröffentlicht worden. Da bis zum Inkrafttreten des DBG. und des PolBG. die Vorschriften über Rechtsverhältnisse der Polizeivollzugsbeamten in 40 bis 50 Gesetzen der Länder enthalten waren, bietet die vollkommene Gleichschaltung der Vollzugspolizei nach einheitlichen Reichsbestimmungen nicht geringe Schwierigkeiten.

Der Verf., der federführender Referent für das Deutsche Polizeibeamtengesetz im R.- u. PrMdJ. war, hat im vorliegenden Kommentar das Deutsche Polizeibeamtengesetz ausführlich erläutert. Der Kommentar, der ganz vorzüglich über das schwierige Sondergebiet des Polizeibeamtenrechts unterrichtet und dem eine ausgezeichnete Einleitung beigegeben ist, wird ein wichtiges Hilfsmittel zur Einarbeitung in das neue Polizeibeamtenrecht sein.

Das DBG. und die dazu gehörigen Rechtsvorschriften (im ganzen 18 Gesetze, Verordnungen und Runderlasse usw.) sind in vollem Wortlaut mit abgedruckt.

RA. Dr. v. **Bohlen**, Berlin.

Dr. Richard Schneider, Max Eggerdinger, Dr. Kurt Hanke: Kommentar zum Deutschen Beamtengesetz v. 26. Jan. 1937 nebst amtlicher Begründung, Durchführungsverordnungen und Ausführungsbestimmungen. Verfaßt mit Zustimmung des Reichsbeamtenführers Hermann Neef, MdR. Berlin 1937. Verlag Beamtenpresse GmbH. 435 S. Preis geb. 7,50 *RM*; Nachtrag (Ergänzende gesetzliche Bestimmungen und Ministerialerlasse zum DBG.). 62 S. Preis geh. 0,50 *RM.*

In seinem Geleitwort zu dem hier angezeigten Werk gibt RMin. Dr. **Frick**, der Beamtenminister des Dritten Reichs, seiner Freude darüber Ausdruck, „daß in den vorliegenden Erläuterungen zum Deutschen Beamtengesetz Männer aus der Reichsleitung der Partei, die durch ihre Tätigkeit in der Hauptstelle ‚Beamtenpolitik und Beamtenrecht' des Hauptamts für Beamte zur Behandlung von Beamtenfragen berufen sind, es unternommen haben, aus der praktischen Parteiarbeit heraus einen Beitrag zur geistigen Erfassung des nationalsozialistischen Beamtenrechts zu liefern".

Es ist verständlich, daß man einem Buch, dem eine so hohe Empfehlung den Weg zum Leser zu bahnen sucht, mit besonderem Interesse entgegensieht. Diese gesteigerte Erwartung kommt bei dem Gemeinschaftswerk der drei Verf. voll zu ihrem Recht: Die Verf. haben ein Buch geschaffen, das sich im Schrifttum des Beamtenrechts einen bleibenden Platz sichern wird. Das Buch vereint, obwohl es ein wahres Arsenal des Wissens ist, eine klare, übersichtliche Darstellung mit einer erfreulich vertieften Behandlung. In ihm wird das neue deutsche Beamtenrecht mit großer Sachkunde in das Bild der Geschichte und der ihr zugeordneten politischen Anschauungen eingeordnet und schließlich mit treffender Sicherheit aus der nationalsozialistischen Grundhaltung des Dritten Reichs gedeutet. Dabei ist es ein besonderer Vorzug des Werkes, daß die Verf. über ihre ausgezeichneten grundsätzlichen Erörterungen hinaus tief in das praktisch wichtige Gebiet der beamtenrechtlichen Tagesprobleme vorstoßen und zugleich zu ihrer Lösung in der Darreichung der einschlägigen Bestimmungen und durch eine selbständige Behandlung aller bedeutsamen Rechtsfragen das unentbehrliche Rüstzeug bieten. Neben der lehrreichen „Einleitung" sei hier vor allem die besonders glückliche Behandlung der Pflichten des Beamten (S. 56 ff.) erwähnt, die geradezu als ein täglich zu beherzigendes Beamten-Brevier angesprochen zu werden verdient.

Da das Werk somit sämtliche Vorzüge eines guten Buches — sichere weltanschauliche Haltung, klare, übersichtliche Darstellung, Selbständigkeit der Verarbeitung des umfassend abgedruckten amtlichen Materials usw. — in sich vereint, verdient es in jeder Weise die ihm vorangestellte Empfehlung des zuständigen Ministers. Die Gebrauchsfähigkeit des Buches wird durch ein ausführlich gehaltenes und sorgfältiges Sachregister erhöht. Im Hinblick auf die vielseitigen Vorzüge des Werkes ist sein Preis als recht mäßig anzusprechen. Nicht nur den Beamten und Behörden, sondern auch den Rechtsanwälten, die sich mit Beamtenfragen zu befassen haben, wird das Buch ein zuverlässiger Berater sein.

RA. **Reuß**, Berlin.

Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit mit sämtlichen Durchführungsverordnungen und dem Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben mit seinen Durchführungsverordnungen. Komm. von Prof. Dr. Alfred **Hueck**, Prof. Dr. Hans Carl **Nipperdey** und Prof. Dr. Rolf **Dietz**. Zweite, neubearbeitete Auflage. München und Berlin 1937. C. H. Becksche Verlagsbuchhdlg. XVI, 730 S. Preis geb. 15 *RM.*

„Eine wirklich segensvolle Erneuerung der Menschheit wird immer und ewig dort weiter zu bauen haben, wo das letzte gute Fundament aufhört. Sie wird sich der Verwendung bereits bestehender Wahrheiten nicht zu schämen brauchen. Ist doch die gesamte menschliche Kultur, sowie auch der Mensch selber, nur das Ergebnis einer einzigen langen Entwicklung, in der jede Generation ihren Baustein zutrug und einfügte. Der Sinn und Zweck von Revolutionen ist dann nicht der, das ganze Gebäude einzureißen, sondern schlecht Gefügtes und Unpassendes zu entfernen, und in der dann freigelegten gesunden Stelle weiter- und anzubauen."

Auf diese Sätze des Führers aus dessen Buch „Mein Kampf" (40. Aufl., S. 286) hat der von Schlegelberger und Quassowski herausgegebene „Ministerialkommentar" zum neuen Aktiengesetz (besprochen von H. Dietrich: JW. 1937, 2441) im Vorwort Bezug genommen, um die Richtung anzudeuten, die für die wissenschaftliche Auswertung eines deutschen Gesetzes unserer Zeit gegeben ist. Die Notwendigkeit des Weiterbauens auf gesunder und bewährter Überlieferung, die in jenen Sätzen betont wird, gilt in besonderem Maße für das Arbeitsrecht, weil hier noch in den letzten 20 Jahren vor der Revolution Wissenschaft und Rechtsprechung in mehr oder weniger bewußtem Widerstand gegen die Grundsatzlosigkeit der Zeit sich um die Gestaltung der Gedanken bemüht haben, die heute durch das ArbOG. geltendes Recht geworden sind. Es sei nur beispielsweise erinnert an die Ansätze zur Entwicklung des Gedankens einer „sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft", die in der Rechtsprechung des RG. und des RArbG. zutage traten (RGZ. 106, 272 = JW. 1923, 831; RArbG. 2, 74 = JW. 1929, 453 usw.), oder etwa an die Äußerung Potthoffs in seinem Sammelwerk: „Die sozialen Probleme des Betriebes" (1925), S. 57: „Ich gehe aus von der Gemeinschaft beider Arbeitsparteien, vom Betriebe, der zu Höchstleistungen gebracht werden soll; von der Versorgung der Volksgesamtheit, die dem Betriebe Zweck und Aufgabe setzt. Ich denke volkswirtschaftlich und stelle in den Vordergrund die Pflichten, die alle gegenüber der Gesamtheit haben und zu deren Erfüllung nur die Rechte gegeben werden."

Mit gutem Grunde hat deshalb der große Kommentar von Hueck-Nipperdey-Dietz, ohne sich mit Entbehrlichem und Überlebtem zu belasten, an Schriften und Entscheidungen aus der Zeit vor dem ArbOG. angeknüpft, wo es zum Verständnis des heutigen Rechts förderlich ist. Das ist namentlich der Fall im dritten und fünften Abschnitt des Gesetzes (Betriebsordnung und Tarifordnung; Kündigungsschutz). Die Verf. haben es verstanden, die in Wissenschaft und Rechtsprechung entwickelten Gedanken auf einheitliche Gesichtspunkte zurückzuführen und so den geistigen Zusammenhang klarzustellen, von dem aus allein eine vertiefte Einsicht in das Gesetz zu gewinnen ist. Darin liegt unzweifelhaft eine hervorragende Leistung. Vergleicht man die jetzt vorliegende zweite Auflage des Kommentars mit der ersten (besprochen von W. Franke: JW. 1935, 1922), so tritt diese Leistung noch wesentlich deutlicher ans Licht.

Noch ein anderer Gedanke drängt sich bei solchem Vergleich auf. Nimmt man etwa die Anmerkungen von Dietz zu den beiden ersten Paragraphen des Gesetzes zur Hand, oder liest man, was Nipperdey aus dem von ihm aufgestellten „Leistungs- und Ordnungsprinzip" für das Recht der Betriebsordnung und der Tarifordnung ableitet (§ 29 Anm. 12 a, § 30 Anm. 18 c), oder folgt man den Ausführungen Huecks über den Kündigungsschutz (§§ 20, 56 ff.) — überall zeigt sich, in wie reichem Maße das Recht des ArbOG. sich in den kurzen drei Jahren seines Bestehens durch Richterspruch und Gelehrtenarbeit fortentwickelt hat, und wie namentlich die Grundgedanken des Gesetzes wachsenden Einfluß auf alle Gebiete des Arbeitsrechts gewonnen haben. So wird auch hier wieder offenbar: das Wort des Gesetzes wird erst in seiner Anwendung lebendig, und das Recht ist nicht tote Formel, sondern unaufhaltsam weiter strömendes Leben. Deshalb kann auch die Wissenschaft ihre schöpferische Mitwirkung an der Erkenntnis des geltenden Rechts niemals als abgeschlossen betrachten. In solchem Sinne haben die Verf. des vorliegenden Kommentars ihre schwierige Aufgabe angefaßt und gemeistert.

RA. Dr. W. Oppermann, Dresden.

NotAss. Dr. J. v. Edlinger: Handbuch des Devisenrechtes für den Gerichts- und Notariatsgebrauch. München, Berlin und Leipzig 1937. J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Systematischer Teil, VI, 154 S. kart., und Textteil, VIII, 301 S., Loseblattform. Preis zus. 12,80 *RM*.

Der umfangreiche Textband enthält eine „Sammlung der wichtigsten geltenden devisenrechtlichen Gesetze und Verordnungen und sonstigen einschlägigen Vorschriften, Runderlasse, Bekanntmachungen usw.". Neben dem DevG., dem ÄnderungsG. v. 1. Dez. 1936, neun DurchfVO., den Richtlinien sind die devisenrechtlichen Nebengesetze und VO. in guter Vollständigkeit und durchweg sehr übersichtlich abgedruckt. Es sind nicht nur das Gesetz über Zahlungsverbindlichkeiten gegenüber dem Ausland, das KapitalfälligkeitenG., das VerrechnungskassenG., die SaarlandDevVO. und DevisenberaterVO., sondern auch das Gesetz über Abwertungsgewinne mit seinen vier DurchfVO., das Gesetz über Fremdwährungsschuldverschreibungen, die WarenverkehrsVO. mit ErgänzungsVO. aufgenommen. An strafrechtlichen Bestimmungen finden sich das Gesetz gegen Wirtschaftssabotage und das StraffreihG. v. 15. Dez. 1936, ferner Auszüge aus der UnterwerfungsVO., dem StAnpG. und der RAbgO.

Diesen Gesetzes- und Verordnungstexten sind verschiedene Runderlasse der Reichsstelle für Devisenbewirtschaftung angegliedert, die der Verf. danach ausgewählt hat, ob sie für Gerichte, Rechtsanwälte oder Notare besonders wichtig sind. Außerdem haben Auszüge aus Zeitschriften und Amtsblättern (JW., DJ., DNotZ. und BayrStA.) Aufnahme gefunden, die häufig wichtige Einzelerlasse der Reichsstelle und sonstige amtliche Bekanntmachungen zum Gegenstande haben.

Die Zusammenstellung dieser Texte ist zu begrüßen. Der Personenkreis, an den sich der Verf. wendet, wird in aller Regel mit dem abgedruckten Stoff auskommen. (Allerdings wird die nach Erscheinen des Werkes erlassene 10. DurchfVO. z. DevG. möglichst bald nachzuliefern sein, da sie gerade für den Grundstücksverkehr wesentliche Vorschriften bringt. Dazu wird auch der Runderlaß 132/37 abzudrucken sein.) Beim DevG. hat der Verf. in kurzen Anmerkungen auf die früheren Vorschriften, die Richtlinien-Bestimmungen und seine Darlegungen im Systematischen Teil seines Werkes hingewiesen.

In diesem Teil beschäftigt sich v. Edlinger zunächst in einem „Überblick über das bestehende Devisenrecht" mit dem Aufbau und den Aufgaben der deutschen Devisenbewirtschaftung sowie mit den allgemeinen Begriffen des Devisenrechts und erörtert in mehreren Kapiteln die Vorschriften über die einzelnen devisenrechtlich gebundenen Werte. Sodann erläutert er in eingehender Weise die „Bedeutung des Devisenrechtes für Gerichte, Rechtsanwälte und Notare". Einen wesentlichen Teil bilden darin die Abhandlungen über die Beziehungen zwischen Devisen- und Liegenschaftsrecht, die naturgemäß für den Notar von Wichtigkeit sind. Leider sind diese Kapitel durch die 10. DurchfVO. v. 16. Sept. 1937 für das geltende Recht in vielem überholt, soweit nicht Erörterungen zu dem weitergeltenden § 18 Abs. 2 DevG. in Betracht kommen. Immerhin können die Ausführungen noch für die Beurteilung des vor dem Erlaß der DurchfVO. bestehenden Rechtszustandes dienlich sein. Den Abschluß des System. Teils bilden einige Kapitel über das Devisenstrafrecht und die verschiedenen Arten des Devisenstrafverfahrens.

Der Verf. hat sein Buch auf die Bedürfnisse der Praxis abgestellt und demgemäß seine Darstellung des geltenden Rechts zugunsten einer ausführlichen Behandlung der in der Praxis der Gerichte, Anwälte und Notare auftretenden Fragen zurücktreten lassen. Aber es scheint doch, daß dadurch der „Überblick über das bestehende Devisenrecht" an dem wünschenswerten Eindringen in die schwierigeren Fragen allgemeiner Art ermangelt, zumal im besonderen Teil mehrfach auf die allgemeinen Ausführungen verwiesen wird. So wäre z. B. eine eingehendere Auseinandersetzung mit dem auf S. 15 gestreiften Begriff „zugunsten eines Ausländers" zu wünschen gewesen. Indessen sind die wesentlichen Fragen doch mindestens angedeutet worden. Eine Vertiefung ist an Hand des Schrifttums und der Rechtsprechung, die weitgehend angeführt sind, leicht möglich. Einige Anstände, die sich bei der Durcharbeitung des Handbuchs ergeben, seien kurz angemerkt: Die wichtige Entsch. des KG. v. 14. Mai 1936 (JW. 1936, 2338) über die Ausdehnung des Verfügungsbegriffes hätte auch auf S. 14, die Abhandlung von Gurski über „das selbständige Einziehungsverfahren im Devisenrecht" (JW. 1936, 3159) auf S. 148 erwähnt werden sollen. Eine Ergänzung der Ausführungen über die Freigrenze durch Angabe der früher geltenden Beträge wäre zweckmäßig. Auf S. 24 ist der Runderlaß 241/35 durch 107/37 zu ersetzen. S. 153 enthält eine Ungenauigkeit über die Zulässigkeit des Unterwerfungsverfahrens, das nicht die Verwirkung einer Freiheitsstrafe „von nicht mehr als drei Monate", sondern nach § 27 b StGB. „von weniger als drei Monaten" voraussetzt. Die Geldstrafe des § 42 DevG. wird man kaum als „Nebenstrafe" bezeichnen dürfen (S. 132). Strafrechtlicher Lehre scheint auch zuwider zu sein, wenn (S. 137) die Freigrenze ein Rechtfertigungsgrund genannt wird; bei Geschäften innerhalb der Freigrenze fehlt es bereits an der Tatbestandsmäßigkeit der Handlung. Auf S. 139 wäre unter den Straffreiheitsgesetzen noch dasjenige v. 23. April 1936 aufzuführen. Auf S. 41 hätte das aus § 34 DevG. herzuleitende, wichtige Recht der Devisenstellen, Devisenprüfungen vorzunehmen, angegeben werden sollen.

In sprachlicher Hinsicht wäre eine sorgfältige Überarbeitung dringend nötig gewesen; mehrfache Sprachunschönheiten und -fehler stören bei dem Handbuch, das aber trotz der oben angeführten Ungenauigkeiten seinen Platz im devisenrechtlichen Schrifttum beanspruchen darf.

RegAss. Dr. H. F. Schulz, Berlin.

Rechtsprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung]

Strafrecht

Strafgesetzbuch

**** 1. RG. — §§ 42 b, 61 StGB. Beim Fehlen eines erforderlichen Strafantrags ist auch die Anordnung einer bloßen Maßregel der Sicherung und Besserung unstatthaft. Erfordernisse des Strafantrags.**

Der BeschwF. war zweimal verheiratet. Seine erste Ehe wurde im Jahre 1906 geschieden, weil er sich der Mißhandlung seiner Frau schuldig gemacht hatte. Er fühlte sich durch das Urteil ungerecht behandelt und richtete jahrelang an verschiedene Behörden und andere Stellen Eingaben, in denen er den Gerichten den Vorwurf der Parteilichkeit machte. 1928 wurde auch die zweite Ehe geschieden und der BeschwF. für den allein schuldigen Teil erklärt. Dies gab ihm von neuem Veranlassung, die Behörden mit Eingaben zu überschütten, in denen er Richter und Rechtsanwälte aufs gröblichste beschimpfte. Nachdem er im Jahre 1930 davon gehört hatte, daß der Rechtsanwalt einer gewissen Ehefrau A. bei Gericht beantragt hatte, dem Ehemann A. durch EinstwVfg. die Leistung eines Prozeßkostenvorschusses aufzugeben, richtete er fortgesetzt Eingaben an die Rechtsanwaltskammer in Kiel, in denen er Richter, Polizeibeamte und Rechtsanwälte aufs schwerste beleidigte. Der Präsident der Rechtsanwaltskammer übermittelte die Eingaben des BeschwF. am 19. Febr. 1937 dem GenStA. in Kiel und bemerkte dabei, der Briefschreiber sei offenbar nicht zurechnungsfähig; es möge aber geprüft werden, ob „nicht irgendwie die Verbringung des B. in die Wege geleitet werden könne", damit die Beleidigungen der Justiz, Polizei und Anwaltschaft endlich ein Ende nähmen. Der OStA. in Kiel, dem der GenStA. das Schreiben des Präsidenten der Rechtsanwaltskammer nebst Anlagen übersandt hatte, teilte diesem mit, daß er ein Ermittlungsverfahren gegen B. wegen fortgesetzter Beleidigung eingeleitet habe und auch prüfen werde, ob eine Unterbringung B.s in einer Heil- oder Pflegeanstalt gem. § 42b StGB. erfolgen könne. Eine Strafverfolgung wegen Beleidigung bedürfe jedoch der Stellung eines ordnungsmäßigen Strafantrags, der noch nicht vorliege. Er bitte deshalb den Präs. der Rechtsanwaltskammer, soweit dieser persönlich durch die Eingaben B.s betroffen werde, Strafantrag zu stellen und gegebenenfalls auch Strafanträge der übrigen Mitglieder der Rechtsanwaltskammer einzureichen. Der Präsident der Rechtsanwaltskammer erwiderte hierauf am 25. März 1937, er habe nicht die Absicht gehabt, gegen B. Strafantrag wegen Beleidigung zu stellen, da er ihn nicht für zurechnungsfähig halte. Mit seinem Schreiben v. 19. Febr. 1937 habe er lediglich die Einleitung eines Verfahrens zwecks evtl. Unterbringung des B. gem. § 42 b StGB. bezweckt. Da sich die Annahme der Zurechnungsunfähigkeit des BeschwF. als richtig herausstellte, wurde gem. den §§ 429 a ff. StPO. alsbald ein Sicherungsverfahren mit dem Ziele der Unterbringung des BeschwF. in einer Heil- oder Pflegeanstalt eingeleitet. Diese Maßregel wurde durch das angefochtene Urteil auch angeordnet.

Das RevG. hat zunächst von Amts wegen zu prüfen, ob der nach den §§ 61, 194 StGB. zur Verfolgung der Beleidigung erforderliche Antrag ordnungsmäßig gestellt ist (RGSt. 67, 53; 68, 120 = JW. 1934, 2072 [57]). Hierzu ist folgendes zu bemerken:

In seinem Urteil 3 D 309/37 v. 13. Mai 1937 = JW. 1937, 1799 [46] hat der Senat die Ansicht vertreten, daß beim Fehlen des erforderlichen Strafantrags auch die Anordnung einer bloßen „Maßregel der Sicherung und Besserung" unstatthaft sei, gleichviel, ob es sich dabei um das ordentliche Strafverfahren oder um das in den §§ 429 a ff. StPO. vorgesehene Sicherungsverfahren handle. An dieser Auffassung ist trotz der in der RGEntsch. 1 D 279/37 v. 18. Juni 1937 (JW. 1937, 2373 [29]) geäußerten Zweifel festzuhalten. Der zur Verfolgung der Tat des BeschwF. erforderliche Antrag liegt hier vor. Seine Rechtswirksamkeit wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß der Präsident der Rechtsanwaltskammer erklärt hat, er habe mit dem Antrage nicht die Bestrafung des BeschwF., sondern nur dessen Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt bezweckt. Denn es gehört nicht zum Begriff des „Antrags", wie er nach § 61 StGB. zur Verfolgung der in Betracht kommenden Tat erfordert wird, daß er die Bestrafung des Täters, d. h. seine Verurteilung zu einer Geld- oder Freiheitsstrafe, zum Ziele hat. Wesentlich ist vielmehr nur, daß der Antragsberechtigte als seinen Willen zu erkennen gibt, gegen den Täter solle wegen der von ihm begangenen Handlung strafrechtlich eingeschritten werden („die Handlung solle verfolgt werden" — § 61 StGB. —). In welcher Verfahrensform (ordentliches Strafverfahren oder Sicherungsverfahren) dies zu geschehen hat und welche Entsch. zu treffen ist, hängt nicht vom Willen des Antragstellers, sondern von der jeweiligen Sach- und Rechtslage ab. Wie die bloße Sicherungsmaßregel des § 42 b Abs. 1 StGB. angeordnet werden kann, auch wenn die Bestrafung des Täters beantragt worden ist, so kann auf Strafe erkannt werden, obwohl mit dem Antrage nur die Unterbringung des Täters in einer Heil- oder Pflegeanstalt bezweckt war. Die Erklärung des Präsidenten der Rechtsanwaltskammer in Kiel v. 19. Febr. 1937 — i. Verb. mit dem Schreiben v. 25. März 1937 — enthält somit einen den Vorschriften der §§ 61, 194 StGB. entsprechenden Antrag, wie er nach den in der RGEntsch. v. 13. Mai 1937, 3 D 590/37: JW. 1937, 1799 [46]) dargelegten Grundsätzen auch zur Anordnung einer bloßen Sicherungsmaßnahme i. S. des § 42 b Abs. 1 StGB. erforderlich ist.

(RG., 3. StrSen. v. 8. Sept. 1937, 3 D 590/37.)

*

2. RG. — Nur die schriftliche Aufforderung ist nach § 49 a StGB. strafbar.

Der Angekl. hat einen gewissen E. — ohne Erfolg — mündlich aufgefordert, einen schweren Diebstahl zu begehen, bei dem Wertpapiere entwendet werden sollten.

Dadurch hat der Angekl. den Tatbestand des § 49 a StGB. noch nicht verwirklicht, wie das LG. zutreffend angenommen hat.

An die Gewährung von Vorteilen war die Aufforderung, wie der Rev. gegenüber zu bemerken ist, auch dann nicht geknüpft, wenn die zu erwartende Beute geteilt werden sollte (RGSt. 66, 392).

Ob der Angekl. dem E. zugleich mit der Aufforderung, den Diebstahl zu begehen, auch noch das erforderliche Diebeswerkzeug übergeben hat, ist für die Beurteilung der Frage, ob die Aufforderung „lediglich mündlich ausgedrückt" war, ohne Belang. Eine mündliche Aufforderung, die noch durch die Hingabe von Diebeswerkzeug verstärkt wird, müßte zwar nach dem Wortlaut des § 49 a StGB. nicht unbedingt als „lediglich mündlich ausgedrückt" betrachtet werden. Die Entstehungsgeschichte des § 49 a StGB. läßt aber zweifelsfrei erkennen, daß der Gesetzgeber aus dem wohlerwogenen Grunde, die Grenzen des § 49 a StGB. möglichst eng zu ziehen, nur eine schriftliche Aufforderung als eine solche betrachtet wissen wollte, die nicht „lediglich mündlich ausgedrückt" sei (RGSt. 3, 30). Gegenüber dem bekannten Willen des Gesetzgebers, der im Wortlaut des § 49 a Abs. 3 StGB. genügend zum Ausdruck gelangt ist, ist jede andere Auslegung unstatthaft, zumal es sich auch um eine reine Frage der Zweckmäßigkeit handelt, in welchem Umfang die mißlungene Anstiftung strafbar sein soll.

(RG., 5. StrSen. v. 23. Aug. 1937; 5 D 181/37.)

*

**** 3. RG. — §§ 153, 288 StGB.; § 241 KO. Umfang der Offenbarungspflicht bei Leistung des Offenbarungseides. — Wendet ein Schuldner zwecks Vereitelung einer ihm drohenden Zwangsvollstreckung einem anderen Gläubiger Vermögensstücke zu, so ist er allenfalls nach § 241 KO., nicht aber nach § 288 StGB. strafbar.**

Nach der Annahme des SchwG. hat der Angekl. bei der Leistung des Offenbarungseides dadurch wissentlich seine Eidespflicht verletzt, daß er der Wahrheit zuwider angab, er habe seine etwa 150 *RM* betragenden Dreschlohnforderungen an die Firma H. als Sicherung für deren Forderungen gegen ihn aus Lieferung von Bindegarn abgetreten. Das SchwG. stellt fest, daß eine solche Abtretung in Wahrheit niemals erfolgt und daß sich der Angekl. dessen auch bei der Eidesleistung bewußt gewesen sei.

Im Zusammenhang mit seiner Angabe über diese Forderungsabtretung hat der Angekl. nach der Annahme des SchwG. seine Eidespflicht auch dadurch wissentlich verletzt, daß er seine Schuld an die Firma H. für bezogenes Bindegarn fälschlich mit etwa 150 *RM* (also ebenso hoch wie seine Dreschlohnforderungen) angegeben hat, während sie in Wahrheit nur 102,08 *RM* betrug. Was das angefochtene Urteil hierzu ausführt, ist an sich bedenkenfrei.

Zwar hat grundsätzlich der Schuldner beim Offenbarungseid nur den Bestand seines Vermögens, nicht auch seine Schulden anzugeben (RGSt. 45, 429, 432; 1 D 8/28 v. 27. Jan. 1928: JW. 1928, 722, 1506). Behauptet er aber von einer im Vermögensverzeichnis angegebenen Forderung, sie sei sicherungshalber an einen Gläubiger abgetreten worden, so erstreckt sich seine Offenbarungspflicht auch darauf, ob seine Schuld an jenen Gläubiger die Höhe der abgetretenen Forderung erreicht; eine bewußt falsche eidliche Angabe in dieser Richtung macht ihn nach § 153 strafbar. Denn soweit seine Schuld hinter der (angeblich) abgetretenen Forderung zurückbleibt, stellt diese Forderung auf jeden Fall, unabhängig von der Abtretung, einen zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers geeigneten Gegenstand dar, gehört also zu dem vom Schuldner im Offenbarungseid darzulegenden Vermögen. Das hat der erk. Sen. in der bereits angezogenen Entsch. RGSt. 45, 429, 432 für den Fall eines Grundstücks ausgesprochen, auf dem eine in Wahrheit nicht bestehende Belastung eingetragen ist, sowie in seinem Urteil 1 D 834/32 v. 23. Sept. 1932 für den Fall, daß der Schuldner bei beweglichen Sachen, die er einem Dritten zur Sicherung von Forderungen übereignet hat, den Betrag der gesicherten Forderung zu hoch angegeben hat; das muß ebenso auch gelten, wenn, wie im vorl. Fall, die Sicherung statt durch Übereignung beweglicher Sachen durch Abtretung einer Forderung geschehen ist.

Nun schuldete allerdings der Angekl. der Firma H. nach deren Aufstellung vom 30. Aug. 1935 aus bereits erfolgten Bindegarnlieferungen nur 102,08 *RM*; er hatte aber in seiner dieser Abrechnung vorangehenden letzten Bestellung insgesamt 150 kg Bindegarn bestellt; davon waren ihm nur 50 kg geliefert worden, die Lieferung der letzten 100 kg hatte ihm die Firma, die inzwischen über den Angekl. schlechte Auskunft erhalten hatte, erst nach Bezahlung seiner bereits aufgelaufenen Schuld von 102,80 *RM* in Aussicht gestellt; sie waren zur Zeit der Eidesleistung noch nicht geliefert worden. Das Schutzvorbringen des Angekl., er habe bei der Eidesleistung im Hinblick auf diese damals schon bestellten und nach erfolgter Lieferung von ihm noch zu bezahlenden 100 kg seine Schuld an die Firma H. mit etwa 150 *RM* beziffert, bezeichnet das SchwG. als leere Ausrede; denn der Angekl. wisse, daß man etwas, was man bestellt, aber noch nicht geliefert erhalten habe, auch noch nicht bezahlen müsse; er habe vielmehr seine Schuld nur deshalb auf 150 *RM* angegeben, weil er damit seine Dreschlohnforderungen von 150 *RM* als unpfändbar habe hinstellen wollen.

Das ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Das SchwG. ist erkennbar der Überzeugung, daß sich der Angekl. bei der Eidesleistung, indem er die Menge des „bezogenen" Bindegarns beschwor, bewußt war, er habe den in diesem Augenblick bereits vorhandenen Stand seiner Schuld anzugeben, und dieser belaufe sich in der Tat noch nicht auf 150 *RM*, sondern nur auf etwa 100 *RM*.

Allerdings kann auch eine erst künftig fällig werdende oder erst künftig, nämlich nach Lieferung von Waren, entstehende Forderung des Schuldners einen gegenwärtigen Vermögenswert darstellen und deshalb unter die Offenbarungspflicht des Schuldners fallen, sofern die rechtliche Grundlage für ihre Entstehung zur Zeit der Eidesleistung bereits geschaffen und in sichere Nähe gerückt ist (2 D 11/32 v. 29. Febr. 1932: JW. 1932, 2884); diese Bewertungsgrundsätze müssen entsprechend auch gelten für eine Schuld des Offenbarungsschuldners, zu deren Sicherung dem Gläubiger ein zum Vermögen des Schuldners gehöriger Gegenstand übereignet oder abgetreten worden ist.

Eine solche Sachlage bestand hier nicht. (Wird ausgeführt.)

Eine Vollstreckungsvereitelung findet das SchwG. zunächst darin, daß der Angekl. vor und nach der Eidesleistung seine Dreschlohnforderungen, den größten Teil seiner einzig pfändbaren Vermögensbestandteile, geflissentlich rasch eingezogen habe.

Ein Beiseiteschaffen kann nun allerdings im Einziehen von Forderungen liegen, wenn es vorzeitig, das heißt vor deren Fälligkeit, erfolgt (RGSt. 9, 231; 19, 25); das war aber hier nicht der Fall. Würde man ein nur beschleunigtes Einziehen bereits fälliger Forderungen nach § 288 StGB. bestrafen, so würde damit dem Schuldner die ganze Weiterführung seines Geschäfts lahmgelegt werden können. Dieses Einziehen als solches, durch das ja an Stelle der erloschenen Forderung das eingezogene Geld in das Vermögen des Schuldners gelangt, fällt daher nicht unter § 288, unbeschadet der Strafbarkeit etwaiger Maßnahmen, die der Schuldner alsdann mit dem eingezogenen Geld vornimmt.

Auch darin, daß der Angekl. der Auflage des ihm den Offenbarungseid abnehmenden Richters nicht nachgekommen ist, die Namen seiner Schuldner nachzubringen, ist kein Veräußern oder Beiseiteschaffen, sondern höchstens ein Verheimlichen von Vermögensstücken zu sehen; das genügt aber nicht, ihn nach § 288 strafbar zu machen (vgl. hierzu auch RGSt. 26, 9).

Nach der Annahme des SchwG. hat der Angekl. weiterhin die Pfändung eines Teils seiner Dreschlohnforderungen (den nach der Eidesleistung „entstehenden") dadurch unmöglich gemacht, daß er „vorher" mit dem Verkäufer seiner Dreschmaschine, B., vereinbart hatte, diese Forderungen sollten unmittelbar an B. als Abzahlung auf die Dreschmaschine ausbezahlt werden. Auch hierin sieht das SchwG. eine Zuwiderhandlung gegen § 288 StGB.

Nun ist zwar ein nach § 288 StGB. strafbares Veräußern oder Beiseiteschaffen erst künftig, gegebenenfalls fortlaufend, entstehender Forderungen rechtlich nicht ausgeschlossen, sofern die Forderungen zur Zeit der Abtretung schon genügend bestimmt sind; in dieser Richtung trifft jedoch das Urteil keine ausreichenden Feststellungen. Die Abtretung könnte aber auch nur dann nach § 288 StGB. strafbar sein, wenn an Stelle der Forderungen kein oder doch kein entsprechender pfändbarer Gegenwert in das Vermögen des Schuldners gelangt wäre (vgl. RGSt. 61, 108; 62, 152, 278). Ausgeschlossen wäre die Verurteilung des Angekl. also jedenfalls dann, wenn jene Vereinbarung schon beim Kauf der Dreschmaschine getroffen worden wäre, so daß in das Vermögen des Angekl. für die abgetretenen (künftigen) Dreschlohnforderungen ein mindestens gleichwertiger Vermögensgegenstand in Gestalt der Maschine gelangt wäre.

Aber auch wenn die Vereinbarung mit B. erst später getroffen worden wäre, so braucht sich der Angekl. hierdurch noch nicht strafbar gemacht zu haben, sofern er damit eine Kaufpreisrestforderung dieses Gläubigers befriedigen wollte. Der gesetzgeberische Zweck des § 288 StGB. wie der §§ 239 ff. KO. ist die Bekämpfung böswilliger Schuldner, die den Zugriff ihrer Gläubiger auf die zu deren Befriedigung vorhandenen Vermögensstücke vereiteln wollen (RGSt. 66, 131); dabei sollte der für den Konkursfall der Gesamtheit der Gläubiger gewährte Strafschutz durch den § 288 StGB. auf den Fall der Einzelvollstreckung ausgedehnt, hier aber nicht inhaltlich er-

weitert werden (RGSt. 62, 278). Wegen dieser Gleichheit des vom Gesetzgeber mit den beiden Strafbestimmungen verfolgten Zwecks muß auch bei ihrer Auslegung die Grenze des unter Strafe gestellten Verhaltens (Beiseiteschaffen, Veräußern) übereinstimmend gezogen werden (RGSt. 66, 131). Zur Auslegung des § 288 StGB. sind daher die §§ 239 ff. KO. und die zu ihnen ergangene Rspr. heranzuziehen, und es tritt nur an die Stelle der besonderen Voraussetzungen des Konkursverbrechens oder -vergehens (Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung, Zahlungsunfähigkeit und Kenntnis des Schuldners hiervon) im Fall des § 288 die drohende (Einzel-) Zwangsvollstreckung und die Kenntnis des Schuldners hiervon. Dabei ist zur Auslegung des § 288, der die einzige Strafvorschrift zum Schutze der Einzelvollstreckung darstellt, nicht nur der § 239 Nr. 1 (Beiseiteschaffen von Vermögensstücken durch den Schuldner für sich selbst „zum eignen Vorteil"; vgl. 1 D 690/33 v. 19. Sept. 1933: JW. 1934, 841 m. Anm.), sondern auch der § 241 KO. (Zuwendung der Vermögensstücke an einen anderen Gläubiger) heranzuziehen. Will also ein Schuldner die Befriedigung eines gegen ihn vollstreckenden Gläubigers dadurch vereiteln, daß er Gegenstände seines Vermögens einem anderen Gläubiger zuwendet, so ist er nur unter den Voraussetzungen des § 241 KO. strafbar, also nur, wenn er dem Gläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt, die jener nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte (Fall der „inkongruenten Deckung"). Denn es wäre unverständlich und ungerecht, wenn das Gesetz einen Schuldner, bei dem es in der Folge zur Konkurseröffnung oder Zahlungseinstellung gekommen ist, in seiner Bewegungsfreiheit weniger einengen, ihn also günstiger stellen wollte, als einen Schuldner, bei dem es hierzu nicht gekommen ist. Im Fall der kongruenten Deckung begründet also die bloße Absicht, den einen Gläubiger vor anderen zu begünstigen, eine Strafbarkeit des Schuldners nach § 288 StGB. so wenig wie nach den Vorschriften der KO. Soweit früheren Entsch. des RG. eine hiervon abweichende Auffassung sollte entnommen werden können, könnte an ihnen nicht festgehalten werden.

(RG., 1. StrSen. v. 20. April 1937, 1 D 864/36.)
⟨= RGSt. 71, 227.⟩

*

** **4. RG. — §§ 168, 2 StGB. Entsprechende Anwendung des § 168 StGB., wenn beschimpfender Unfug in einer Leichenhalle verübt wird.**

Die Rev. gegen das auf ein Jahr Gefängnis lautende Urteil war erfolglos.

Wegen Unterschlagung — § 247 Abs. 1 StGB. — oder Untreue (vgl. RGSt. 70, 205 = JW. 1936, 2099 [34]) zum Nachteil ihrer Schwester können die BeschwF. nicht bestraft werden, weil die Verletzte ihren Strafantrag zulässigerweise zurückgenommen hat.

Sie sind aber wegen Religionsvergehens strafbar. Die Leiche ihres Vaters befand sich in der Leichenhalle des Friedhofs, wo sie, wie das Urteil sagt, ihre „einstweilige Ruhestätte" gefunden hatte. Die BeschwF., die sich lediglich mit ihrer Schwester in die Leichenhalle begeben hatten, hoben den Deckel vom Sarg ihres Vaters herunter, tranken in lauter und lärmender Weise Schnaps, prosteten dem Toten zu und schickten sich an, der Leiche einen Becher mit Schnaps einzuflößen. Nur mit Mühe konnten sie von ihrer Schwester an der Durchführung ihres Vorhabens gehindert werden. Die BeschwF. haben, wie das LG. feststellt, aus „einer überaus rohen und pietätlosen Gesinnung" gehandelt. Auch waren sie sich trotz ihres angetrunkenen Zustandes, wie der Zusammenhang der Urteilsgründe bedenkenfrei ergibt, noch bewußt, den Frieden des Toten, dem sie durch eine solche rohe und pietätlose Handlung ihre Verachtung bezeugten, und den Frieden seiner einstweiligen Ruhestätte zu stören. Das Urteil ergibt nicht, daß die Leichenhalle zugleich als Friedhofskapelle, also als ein Ort gedient habe, der i. S. des § 166 StGB. zu religiösen Versammlungen bestimmt gewesen sei. Die BeschwF. haben ihren beschimpfenden Unfug auch nicht „an einem Grabe" verübt, wie dies der Tatbestand des § 168 StGB. voraussetzt. Ihre Handlung fällt auch sonst unter kein Strafgesetz. Sie ist namentlich nicht nach § 360 Ziff. 11 StGB. strafbar. Denn die Ruhe des Publikums ist durch den Auftritt nicht gestört worden. Ebensowenig ist der äußere Bestand der öffentlichen Ordnung unmittelbar gestört oder gefährdet worden (vgl. RGSt. 64, 250 [253]). Übrigens würde die Übertretungsstrafe auch keine Sühne ermöglichen, die dem gesunden Volksempfinden als eine gerechte Vergeltung für die Störung der Totenruhe erscheinen könnte (vgl. RGSt. 70, 355 [356] = JW. 1937, 702 [16] m. Anm.; RGSt. 70, 360 [362] = JW. 1937, 167 [24] m. Anm.). Der Gesetzgeber würde einen solchen Vorgang, der nach dem Grundgedanken des § 168 StGB. und nach gesundem Volksempfinden unbedingt Strafe verdient, im § 168 StGB. mit Strafe bedroht haben, wenn er an diesen Fall gedacht hätte. Diese unbeabsichtigte Lücke des § 168 StGB. ist somit, wie es das LG. getan hat, gemäß § 2 StGB. durch entsprechende Anwendung des § 168 StGB. zu schließen, dessen Grundgedanke auf die Tat am besten zutrifft (vgl. RGSt. 70, 173 [175] = JW. 1936, 1673 [11]).

Daß das Publikum in seiner unbestimmten Allgemeinheit durch den an einem Grabe verübten beschimpfenden Unfug in seinem Rechtsfrieden unmittelbar verletzt oder gefährdet werde, setzt der § 168 StGB. nicht voraus.

(RG., 5. StrSen. v. 13. Sept. 1937; 5 D 578/37.)

*

5. RG. — § 169 StGB. Personenstandsfälschung durch wahrheitswidriges Vaterschaftsanerkenntnis.

Die vor dem AG. wahrheitswidrig erklärte Anerkennung der Vaterschaft des unehelichen Kindes der K. enthält ein vollendetes Vergehen gegen § 169 StGB. Daß die Anerkennung im Personenstandsregister vermerkt wird, ist zur Anwendbarkeit des Gesetzes nicht erforderlich.

Die danach beantragte Ehelichkeitserklärung des Kindes durch eine Verfügung der Staatsgewalt (§ 1723 BGB.) würde eine weitere Veränderung des Personenstandes herbeigeführt haben. Diesen Erfolg hat der BeschwF. durch seinen Antrag herbeiführen wollen. Er ist daher in diesem Falle mit Recht wegen eines versuchten Vergehens gegen § 169 StGB. verurteilt worden. Von Notstand kann hier keine Rede sein. Eine Gefahr für Leib oder Leben kommt überhaupt nicht in Frage. Die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung konnte der Angekl. vermeiden, wenn er den Antrag auf Ehelichkeitserklärung unterließ. Gegen die Behandlung der zweiten Tat als einer weiteren selbständigen Handlung (§ 74 StGB.) sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben.

(RG., 3. StrSen. v. 20. Sept. 1937, 3 D 581/37.)

*

6. RG. — § 174 Abs. 1 Ziff. 3 StGB. Es ist für die Anwendung des § 174 Abs. 1 Ziff. 3 StGB. nicht erforderlich, daß der Täter in der Heilkunde bzw. Krankenpflege fertig ausgebildet ist und eine abschließende Prüfung bestanden hat.

Die Strafbestimmung des § 174 Abs. 1 Ziff. 3 soll dem Schutze der Kranken und Pflegebedürftigen in Hinblick auf das Abhängigkeitsverhältnis dienen, das zwischen ihnen und den sie betreuenden „Medizinalpersonen" in der Regel besteht (RGSt. 70, 299/300 = JW. 1936, 3195 [18]; RGSt. 71, 9 = JW. 1937, 756 [20]).

Allerdings wird ein Anwärter, der eben erst die Krankenpflege zu erlernen beginnt, noch nicht ohne weiteres als Medizinalperson i. S. der genannten Strafbestimmung gelten können. Denn er bedarf zunächst der eigenen Beaufsichtigung und Anleitung; er wird in der ersten Zeit zumeist keinerlei Selbständigkeit in der Krankenpflege und demgemäß vorerst keine Anordnungsbefugnis gegenüber den Pflegebefohlenen haben. Zwischen ihm und dem Kranken besteht deshalb regelmäßig in der ersten Ausbildungszeit noch kein Abhängigkeitsverhältnis, wie es § 174 StGB. im Auge hat.

Hat jedoch der Krankenpfleger nach einiger Zeit die grundlegenden Kenntnisse und Fertigkeiten erworben, so wird ihm auch von seinem Vorgesetzten nach und nach größere Selbständigkeit eingeräumt und eine gewisse Anordnungsbefugnis übertragen werden. Ist das geschehen, so besteht zwischen dem Kranken und seinem Pfleger ein Abhängigkeitsverhältnis i. S. von § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB.

Dieses Überordnungsverhältnis zwischen dem Kranken und seinem mit einiger Selbständigkeit und gewissen Anordnungsbefugnissen versehenen Pfleger ist das entscheidende Merkmal (RGSt. 70, 300 oben; 71, 9).

(RG., 4. StrSen. v. 24. Sept. 1937, 4 D 438/37.)

*

7. RG. — § 175 a Nr. 4 StGB. Zum Begriff der „gewerbsmäßigen" Unzucht unter Männern.

Der Tatbestand einer gewerbsmäßigen Straftat ist erfüllt, wenn der Täter eine strafbare Handlung in der Absicht begangen hat, sie zu wiederholen und sich aus der wiederholten Begehung eine Einnahmequelle von gewisser Dauer zu verschaffen (RGSt. 53, 59; 56, 54; 58, 19). Es kommt daher nur darauf an, daß der Angekl. diese Absicht während der Dauer seines fortgesetzten unzüchtigen Verkehrs in irgendeinem Fall einmal gehabt hat, wie es die StrK. mit den Worten ausdrückt, der Angekl. habe sein Verhältnis zu M. eine kurze Zeit zu Anfang als Entlohnung für gewisse Dienste auffassen können, es später aber als eine gute Gelegenheit betrachtet, auf Kosten des Genannten zu leben. Der Umstand, daß diese Absicht im Verlauf einer Reihe in Fortsetzungszusammenhang stehender, unselbständiger Einzelhandlungen hervorgetreten ist, steht der Annahme einer gewerbsmäßigen Begehung nicht entgegen (RGSt. 58, 19 [20—24]; 60, 216). Das strafbare Verhalten des Angekl. hat nicht dadurch den Charakter der Gewerbsmäßigkeit i. S. des § 175 a Nr. 4 StGB. verloren, daß sich seine Absichten darauf beschränkten, sich von dem Mitangeklagten — nicht auch von anderen Männern — gegen Entgelt mißbrauchen zu lassen. Der Begriff der gewerbsmäßigen Unzucht von Frauenspersonen, die bisher allein unter eine besondere Strafbestimmung gestellt war, ist allerdings nach der ständigen Rspr. nicht für erfüllt erachtet worden bei der Hingabe nur an einen bestimmten einzelnen Mann, ohne die Absicht, sich in Zukunft einem unbestimmten Kreise anderer Männer gegen Entgelt preiszugeben (Urt. des Sen. v. 9. Okt. 1900: GoltdArch. 47, 441; RGSt. 41, 59; 45, 264). Diese auf der geschichtlichen Entwicklung und dem besonderen polizeilichen Zweck des wesentlich auch dem Kampf gegen die Verschleppung von Geschlechtskrankheiten in weite Kreise gewidmeten § 361 Nr. 6 StGB. a. F. beruhende Rechtsanschauung ist auf die — stets widernatürliche — Unzucht unter Männern nicht zu übertragen. Hier handelt es sich um Tatbestände, die in jedem Falle schon für sich allein mit Strafe bedroht sind, während die von einer Frauensperson betriebene Unzucht überhaupt erst durch das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit strafbar wurde. Geht aber ein Mann, wie es der Angekl. getan hat, von der Absicht aus, den strafbaren Tatbestand der widernatürlichen Unzucht seines Erwerbes wegen im Verkehr auch nur mit ein und demselben Partner fortgesetzt zu wiederholen, so handelt er gewerbsmäßig. Anders als im Falle des § 361 Nr. 6 StGB. in der bis zum Inkrafttreten des Ges. zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten v. 18. Febr. 1927 (RGBl. I, 61) geltenden Fassung deckt sich der Begriff der Gewerbsmäßigkeit i. S. des § 175 a Nr. 4 StGB. mit dem gleichen Rechtsbegriff im Tatbestand der Hehlerei nach § 260 StGB. Geradeso wie es zur Annahme gewerbsmäßiger Hehlerei genügt, wenn der Hehler zum Zwecke dauernden Erwerbs fortgesetzt von ein und derselben Person Sachen erwirbt, die diese durch strafbare Handlungen erlangt hat (vgl. die soeben angeführten RGUrt.), so ist das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit i. S. des § 175 Nr. 4 StGB. gegeben, wenn sich der Täter, wie der Angekl., auch nur von ein und demselben anderen Manne zu Erwerbszwecken fortgesetzt mißbrauchen läßt.

Das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit wird auch dadurch nicht ausgeschaltet, daß die Zuwendungen „im wesentlichen auf dem persönlichen Verhältnis" zwischen M. und dem Angekl. beruhten. Das erwähnte Tatbestandsmerkmal setzt nur auf seiten des Täters die Erwartung eines Entgelts voraus. Es kommt nicht darauf an, daß der andere Teil diese Erwartung erkannt hat und auf sie eingegangen ist. Daher ist es auch unerheblich, ob sich M. bei seinen Zuwendungen an den BeschwF. von einer besonderen persönlichen Zuneigung diesem gegenüber oder von sonstigen Beweggründen hat beeinflussen lassen.

(RG., 3. StrSen. v. 13. Sept. 1937; 3 D 382/37.)

*

8. RG. — §§ 222, 230 StGB. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmers, Betriebsleiters usw. i. S. der §§ 222, 230 StGB. richtet sich nach dem StGB. Der § 913 RVO. ist dafür belanglos.

§ 913 RVO. regelt nur die Frage, ob und wieweit der Unternehmer die Pflichten, die ihm auf Grund der RVO. obliegen, auf Betriebsleiter und andere Personen übertragen kann, und inwiefern, wenn dies geschehen ist, Zuwiderhandlungen solcher Stellvertreter gegen Vorschriften, die den Unternehmer mit Strafe bedrohen, an den Stellvertretern bestraft werden können. Das ergibt sich auch unmittelbar aus der Vorschrift des § 903 RVO., die erkennbar davon ausgeht, daß sich die strafrechtliche Verantwortlichkeit nach den Bestimmungen des Strafrechtes bemißt.

(RG., 3. StrSen., U. v. 15. Sept. 1937, 3 D 481/37.)

*

**** 9. RG. — §§ 274, 263 StGB. Durchschriften als Urkunden i. S. des § 274 StGB.**

1. Der Verurteilung des Angekl. J. wegen schwerer Urkundenfälschung in Tateinheit mit Betrug liegt nach dem Zusammenhang der Urteilsgründe folgender Sachverhalt zugrunde. Der Angekl. trug mehrfach in dem ihm als Kellner ausgehändigten Bonbuch bei ihm bestellte Speisen und Getränke mittels Blaubogens im Durchschreibeverfahren zunächst nur ihrer Art nach ein. Nach Heraustrennung des grünen für die Bestellung bei der Küche dienenden Bons setzte er auf diesem und weiter auf der im Bonbuch verbleibenden weißen Durchschreibeseite, hier wieder unter Blaubogenverwendung, Anzahl und Preis für die bestellten Waren voneinander abweichend ein. Die farbigen Bons lauteten dabei über eine größere Zahl und über einen höheren Gesamtpreis als die im Bonbuch vermerkten Angaben, auf deren Grundlage dann abends mit dem Geschäftsführer abgerechnet wurde.

Ohne Rechtsirrtum hat die StrK. den Tatbestand des Betruges als gegeben erachtet. Dagegen kann der Annahme, daß der Angekl. sich auch der schweren Urkundenfälschung schuldig gemacht habe, nicht beigetreten werden. Die dahin gehende rechtliche Würdigung des Urteils ist zwar im einzelnen nur hinsichtlich des Mitangeklagten B. näher begründet; sie gilt aber auch für den Angekl. J. Das Urteil geht danach davon aus, daß vorliegendenfalls beweiserhebliche Urkunden i. S. von § 267 StGB. ausgestellt waren. Soweit es sich um wirkliche Durchschriften handelt, sind sie allerdings nicht etwa einer einfachen Abschrift gleichzustellen, die regelmäßig (vgl. RGSt. 70, 130 = JW. 1936, 1376[22]) der Beweiskraft entbehrt. Durchschriften sind vielmehr verkehrsüblich mittels Durchschreibens der Urschrift und mit ihr zugleich hergestellte Zweitschriften, die den Inhalt und die Schriftzüge der Urschrift genau wiedergeben. Bei Vorlage einer Durchschrift nimmt jedermann als selbstverständlich an, daß ein vollkommen gleichlautendes Schriftstück, die Urschrift, vorhanden ist, und auch der Hersteller der Durchschrift kennt diese Auffassung. Ist bei Ausstellung einer urschriftlichen Urkunde in vorstehender Weise verfahren, damit die Durchschrift im Rechtsverkehr Verwendung finden soll oder kann, so erhält auch die Durchschrift die Eigenschaft einer Urkunde i. S. des § 267 StGB. Auch in ihr verkörpert sich eine eigene schriftliche Erklärung des Ausstellers. Beide Fertigungen sind alsdann Urkunden (vgl. RGUrt. v. 13. Jan. 1930, 2 D 1311/29; RGUrt. v. 1. Dez. 1930, 2 D 1256/29: JW. 1931, 2248).

Zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen der Urkunde gehört, daß aus ihr oder mit ihrer Hilfe der Aussteller ermittelt werden kann. Dabei ist es aber nicht erforderlich, daß die Urkunde den Aussteller durch seine Unterschrift erkenntlich macht oder daß sie schon für sich allein vollen Beweis über die Person des Ausstellers liefert; es genügt, wenn aus den Umständen, auf die eine Urkunde hinweist, der Aussteller für die Beteiligten

erkennbar ist (RGSt. 52, 312; 55, 269; 59, 38). Diese Voraussetzungen sind gegeben, wenn — wie hier — die Person des Schreibers durch seine Handschrift auf der Urschrift der numerierten Bons und auf der Durchschrift seines Bonbuchs einwandfrei dargetan wird.

Der Angekl. hat aber bei dem von ihm angewandten Vorgehen im wirklichen Durchschreibeverfahren bis zur Trennung der Urschrift und Durchschrift nur einzelne Worte — Bezeichnungen von Speisen oder Getränken — ohne jede Angabe über Zahl und Preis niedergeschrieben. Durch diese inhaltlich vollkommen unvollständigen Angaben konnte auch in dem Geschäftsbetrieb, für den die Bons und Bonbücher bestimmt waren, für keinen der Beteiligten irgendein Gedanke erkennbar zum Ausdruck gebracht werden. Die Schrifterzeugnisse, wie sie bei Abbruch des Durchschreibeverfahrens vorlagen, erfüllen demnach nicht den allgemeinen Rechtsbegriff der Urkunde. Urkundeneigenschaft erhielten sie vielmehr erst durch die weiteren ergänzenden Angaben; erst danach verkörperten sie hinreichend deutlich eine Erklärung für die Beteiligten und waren auch erst damit geeignet, sei es zur Bestellung in der Küche, sei es zur Abrechnung über die Tageseinnahmen Verwendung zu finden. Wenn dabei dann von dem Aussteller — außerhalb des wirklichen Durchschreibeverfahrens — auf der bisherigen Urschrift und Durchschrift voneinander abweichende Eintragungen vorgenommen wurden, die bei der einen auf diese Weise nunmehr erst zur Entstehung gelangten Urkunde inhaltlich der Wirklichkeit nicht entsprachen, so fällt dies nicht unter den Begriff der Urkundenfälschung, sondern unter den der sogenannten schriftlichen Lüge. Es liegt keine Verfälschung vor, die das Vorhandensein einer wirklichen Urkunde zur Voraussetzung hat; auch eine fälschliche Anfertigung einer Urkunde muß ausscheiden, denn es fehlt an dem dafür nach ständiger Rspr. wesentlichen Erfordernis, daß der Urkunde der Schein verliehen wird, als sei sie von einer anderen Person ausgestellt, als es in Wirklichkeit geschehen ist. Die Verurteilung wegen Urkundenfälschung ist daher zu Unrecht erfolgt und muß fortfallen.

2. Der Angekl. L. entfernte mehrfach aus den von ihm geführten Bonbüchern weiße Durchschreibeseiten; bei der Abrechnung übertrug er die aufgerechneten Beträge unter Überspringung der fehlenden Seiten und ohne Rücksicht auf die von den verwendeten Bons auf die fehlenden Seiten durchgeschriebenen Summen. Hiernach steht fest, daß die Durchschreibeseiten zunächst im ordnungsmäßigen Durchschreibeverfahren vollständig ausgefüllt waren. Damit waren sie aber Urkunden im Rechtssinne geworden; insoweit kann auf die Ausführungen unter 1. verwiesen werden. Wenn die rechtliche Würdigung des Sachverhalts durch die StrK. auch recht knapp ist, so läßt doch die Annahme, daß der Angekl. durch sein Tun den Tatbestand des § 274 Abs. 1 StGB. und den des § 263 StGB. verwirklicht hat, im Ergebnis hiernach einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

(RG., 2. StrSen. v. 2. Sept. 1937; 2 D 448/37.)

*

**** 10. RG. — §§ 302 a—e StGB. Zum Begriff der „Notlage" im Sinne der Wuchergesetzgebung.**

Das LG. hält zum mindesten bei einzelnen der abgeurteilten Teilfälle für festgestellt, daß der Darlehnsnehmer ein „notwendiges und unaufschiebbares Bedürfnis" — gemeint nach Geldmitteln zur Bestreitung des Lebensunterhaltes für sich und seine Familie — gehabt habe, aber nicht in der Lage gewesen sei, es anders als durch Inanspruchnahme des Kredits oder sonstiger Hilfe Dritter zu befriedigen. Es sieht aber das Merkmal der Notlage nicht als gegeben an, weil in sämtlichen Fällen die wirtschaftliche Existenz der Darlehnssucher nicht ernstlich gefährdet gewesen sei, wie es die bisherige Rspr. voraussetze. Dieser Standpunkt ist rechtsirrig. Er beruht auf einer mißverständlichen Auslegung der hierzu ergangenen Entsch.

Allerdings hat das RG. in zahlreichen Urteilen die Frage der Notlage von diesem Umstande abhängig gemacht. Es handelte sich dabei aber um Fälle, in welchen der Darlehnsnehmer noch verwertbare, insbes. werbende Vermögensanlagen besaß, durch deren Veräußerung oder Beleihung er die erstrebten Geldmittel hätte beschaffen können. Bei solcher Sachlage ist davon ausgegangen, daß die Verwertung dieser Vermögensstücke dem Kreditsuchenden dann nicht zugemutet werden könne, wenn er dadurch seine Erwerbsquellen verschüttet oder sonst die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet haben würde. Das ist entsprechend auch für die Fälle angenommen worden, in welchen die Mittel zur Erhaltung dieser Existenzgrundlage benötigt wurden, aber anders als im Kreditwege nicht aufzubringen waren. Beide Fälle sind für schutzbedürftig und schutzwürdig erachtet und als Notlage im Sinne der Wuchergesetze angesehen. Dabei ist das Bestehen einer Notlage in allen den Fällen als selbstverständlich vorausgesetzt, in welchen Mittel zur Befriedigung der Lebensbedürfnisse oder zur Abwendung drohender Zwangsvollstreckung in zur Lebenshaltung nötiges Besitztum im Kreditwege gesucht werden müssen, Erwerbsquellen aber nicht oder nicht ausreichend bestehen, auch keine Vermögensrücklagen vorhanden sind, deren Verwertung ohne Verlust möglich ist und billigerweise zugemutet werden kann.

Auch die Hilfserwägung des LG., dem Angekl. sei zwar die Lage der Darlehnsnehmer bewußt gewesen, er habe aber auch die Rspr. gekannt und sich zum mindesten über den Begriff der Notlage geirrt, trägt die Freisprechung nicht. Zum inneren Tatbestand für dieses Merkmal genügt es, daß der Täter die Umstände, welche die Notlage bedingen, kennt oder als möglicherweise gegeben annimmt und in seinen Willen aufnimmt (RGSt. 18, 419, 424). Ein Irrtum des Täters, daß durch sie der Rechtsbegriff der Notlage nicht erfüllt werde, wäre als Strafrechtsirrtum unbeachtlich und kein Schuldausschließungsgrund i. S. des § 59 StGB.

(RG., 3. StrSen. v. 15. Sept. 1937, 3 D 302/37.)

*

**** 11. RG. — § 336 StGB.; §§ 211 ff., 421 ff. RAbgO. Auch soweit die FinA. Entscheidungen über Bestehen oder Nichtbestehen einer Steuerpflicht zu treffen haben, können die damit leitend oder entscheidend befaßten Beamten sich der Rechtsbeugung schuldig machen.**

1. Voraussetzung für die Anwendung des § 336 StGB. ist zunächst, daß dem Täter die Leitung oder Entsch. einer „Rechtssache" obliegt. Dieser Begriff hat im § 336 StGB. dieselbe Bedeutung wie in den §§ 334 und 356 StGB. und umfaßt jedenfalls alle Rechtsangelegenheiten, bei denen mehrere „Parteien" sich mit entgegenstehenden rechtlichen Interessen streitend einander gegenüberstehen können, und über welche nicht durch Verwaltungsakte zu befinden, sondern verantwortlich nach Rechtsgrundsätzen zu entscheiden ist. Der Begriff der Rechtssache bedingt nicht eine solche, die durch einen Richter i. S. des Gesetzes zu behandeln ist, vielmehr genügt es, daß der Beamte wie ein Richter Entsch. zu treffen hat. Als hierher gehörige Rechtssachen hat daher auch die Rspr. z. B. Strafbescheide und Strafverfügungen der beamteten Mitglieder von Verwaltungsbehörden anerkannt (RGSt. 25, 276, 277; 26, 56, 58). Daß das Gesetz den Ausdruck „Parteien" verwendet, es aber nach heutiger Rechtsauffassung nicht annehmbar ist, den Vertreter der Staatsführung wie eine Partei auf eine Ebene mit einem Beschuldigten zu stellen, ist für die Anwendung des § 336 StGB. in solchen Fällen ebenso wie im gerichtlichen Strafverfahren ohne Bedeutung. So ist auch ein Dienststrafverfahren als Rechtssache i. S. des § 336 StGB. anzusehen, wobei der beschuldigte oder verdächtigte Beamte als „Partei" zu gelten hat (RGSt. 69, 213 = JW. 1935, 2968[33]). Für das kommende Strafrecht ist eine Erweiterung des Täterkreises dadurch in Aussicht genommen, daß der Begriff „Beamte" durch „Amtsträger" und „Partei" durch „Beteiligte" ersetzt werden soll (Gürtner, „Das kommende deutsche Strafrecht", Bes. Teil, 2. Aufl., S. 317). Auch dies läßt erkennen, daß hier schon nach heutiger Rechtsauffassung der Begriff der Rechtssache nicht besonders eng zu fassen ist.

Hiernach bestehen grundsätzlich keine Bedenken dagegen, zu den Rechtssachen i. S. des § 336 StGB. auch Steuersachen zu rechnen, in denen es sich um entgegenstehende Belange des Trägers der Steuerhoheit und des StPfl. handelt, soweit dabei Entsch. nach Rechtsgrundsätzen zu treffen sind. Daß der StPfl. eine Verpflichtung gegenüber dem Staate zu erfüllen hat, kann nicht entgegenstehen; denn darum handelt es sich auch vielfach bei Entsch. in anderen Verfahren, die zweifellos Rechtssachen in

dem hier behandelten Sinne sind. Zu berücksichtigen ist auch, daß nach § 242 RAbgO. (§ 227 a. F.) in Steuersachen der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten ausgeschlossen ist, und daß an Stelle der bürgerlichen Gerichte die Entsch. Steuergerichten oder Steuerverwaltungsbehörden übertragen ist.

2. Weitere Voraussetzung des § 336 StGB. ist, daß es sich um eine solche Rechtssache handelt, in der einem Beamten die „Leitung oder Entscheidung" obliegt. Von den Beamten der Finanzbehörden gehören ohne weiteres hierher die beamteten Mitglieder der FinGer. und des RFH., die nach § 229 RAbgO. (§ 218 a. F.) über die Berufung oder die RBeschw. im Steuerfestsetzungsverfahren zu entscheiden haben. Ihre Tätigkeit ist insoweit derjenigen der Verwaltungsgerichte im Verwaltungsstreitverfahren gleichzusetzen. Weiter fallen hierunter die Beamten der FinA. und LFinA., soweit sie im Verwaltungsstrafverfahren Strafbescheide erlassen können und auf Beschw. zu entscheiden haben (§§ 421 ff. RAbgO., §§ 386 ff. a. F.); diese Entsch. entsprechen dem gerichtlichen Strafbefehl oder der polizeilichen Strafverfügung.

Aber auch, soweit die FinA. im Steuerveranlagungsverfahren Entsch. über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Steuerpflicht zu treffen haben, können die damit leitend oder entscheidend befaßten Beamten sich der Rechtsbeugung schuldig machen. Die schriftlichen Steuerbescheide sind der Rechtskraft fähig und müssen nach § 211 RAbgO. a. und n. F. auch in ihrer Form, ebenso wie ein Urteil, bestimmten gesetzlichen Erfordernissen genügen. Sie werden nach vorangegangenen Ermittlungen getroffen und bilden, sofern sie nicht angefochten werden, eine endgültige Entsch. über die Steuerpflicht. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch der Rechtsmittelzug. Nach § 228 Nr. 1 RAbgO. (§ 217 Nr. 1 a. F.) ist gegen Steuerbescheide das Berufungsverfahren gegeben, und zwar nach § 229 (§ 218 a. F.) RAbgO. gegen die Entsch. des FinA. zunächst der Einspruch, über den das FinA. selbst zu entscheiden hat. Einspruch, Berufung und RBeschw. sind selbständige nacheinander stattfindende Rechtsmittelzüge der RAbgO. Das FinA. ist durch den Einspruch gehalten, die Sache neu zu prüfen (§ 260 Abs. 2 RAbgO., § 244 a. F.), und einen neuen, nunmehr mit der Berufung anfechtbaren Bescheid zu erlassen, durch den entweder der angegriffene Steuerbescheid aufgehoben oder der Einspruch zurückgewiesen wird. Die Stellung des FinA. ist hier etwa die gleiche wie die eines Richters im Beschwerdeverfahren im § 306 Abs. 2 StPO. oder einer Polizeibehörde im § 414 Abs. 2 StPO. Auch in diesen Fällen würden aber die Beamten sich bei ihrer Entsch. einer Rechtsbeugung schuldig machen können. Hiernach ist grundsätzlich nicht nur für das Einspruchsverfahren, sondern auch schon für das vorangehende Steuerveranlagungsverfahren die Möglichkeit einer Rechtsbeugung auch für Beamte des FinA. zu bejahen.

3. Im vorl. Falle handelt es sich freilich nicht um die Entsch. eines FinA., sondern um die einer gemeindlichen Stelle. Das GrErwStG. v. 11. März 1927 (RGBl. I, 72) enthält in verfahrensrechtlicher Hinsicht nur vereinzelte Bestimmungen, darunter § 29 a. F., wonach die Steuerstelle die Steuer festsetzt und einen Steuerbescheid erteilt; im übrigen ist insoweit die RAbgO. maßgebend. Die Steuerfestsetzung erfolgt in Preußen durch die von der preußischen Regierung bestimmten gemeindlichen Stellen; deren Zuständigkeit als Steuerstelle beruht auf § 39 FinAusglG. v. 27. April 1926 (RGBl. I, 203) und seit dem 1. April 1932 auf § 482 RAbgO. Die städtischen Steuerstellen haben danach bei der Grunderwerbsteuer die Stellung des FinA.

(RG., 2. StrSen. v. 26. Aug. 1937; 2 D 142/37.)

*

**** 12. RG. — § 354 StGB. Unterdrückung von Nachnahmepaketen durch Aushändigung an den Empfänger ohne Bezahlung der Nachnahme, auch wenn der Empfänger zahlungsfähig ist und hinterher ohne Verzug zahlt.**

Die StrK. hat den BeschwF., einen Tabakgroßhändler, mit Recht auf Grund der §§ 354, 48 StGB. als Anstifter zur Unterdrückung von Postsendungen bestraft. Der Hauptangeklagte R. hat sich von dem BeschwF. überreden lassen, in seiner Eigenschaft als Postagent etwa zwei Jahre lang bis zu seiner im Juni 1936 geschehenen Amtsenthebung fortgesetzt Nachnahmepakete, die für den BeschwF. ankamen, diesem schon vor der Zahlung der Nachnahmebeträge auszuhändigen. Es hat sich allerdings nicht beweisen lassen, daß dem BeschwF. jemals die Mittel zur Zahlung der Nachnahmebeträge nicht zu Gebote gestanden hätten, und jedenfalls hat er immer mindestens so schnell vollständig gezahlt, daß der Reichspost kein Schaden entstanden und dem übergeordneten Postamt nichts aufgefallen ist. Die StrK. unterstellt daher zugunsten der beiden Angekl., daß für ihr Verhalten keine anderen Beweggründe vorhanden waren als Bequemlichkeit des BeschwF. — der sich die besonderen Wege zum Herbeiholen von Geld sparen wollte, das er gerade nicht bei sich trug — Gefälligkeit des Postagenten R. und Nachlässigkeit beider Angekl. in der Beachtung der postamtlichen Vorschriften, die auch dem BeschwF. soweit bekannt waren, daß er genau wußte, der Postagent dürfe ihm Nachnahmesendungen nicht ohne Bezahlung der Nachnahmen aushändigen. Diese Umstände können jedoch den BeschwF. nicht vor der Bestrafung schützen.

Unbedenklich, auch von der Rev. nicht bemängelt, ist die Annahme, daß der Hauptangeklagte R. in seiner Eigenschaft als Postagent ein Postbeamter i. S. des § 354 StGB. war. Er hat die Nachnahmepakete, die er an den BeschwF. ohne Bezahlung der Nachnahme aushändigte, i. S. des § 354 StGB. unterdrückt. Das RG. hat in dem Urt. v. 28. Okt. 1935, 3 D 722/35: JW. 1936, 513 [16] = DRZ. 1935 Sp. 689 Nr. 677 schon gebilligt, daß wegen Vergehens nach § 354 StGB. ein Postagent bestraft wurde, der eine an ihn selbst gerichtete Nachnahmesendung ohne Bezahlung der Nachnahme aus dem amtlichen Postbetrieb entnommen hatte. In dem jetzt hier gegebenen Falle der Aushändigung an einen anderen ist die Schuld zwar geringer, weil das Verhalten des Postagenten R. nicht eigennützig war, aber in den entscheidenden Punkten für die Anwendung des § 354 StGB. liegt der Fall nicht anders. Denn nach § 21 Nr. V ff. PostO. v. 30. Jan. 1929 (RGBl. I, 33) hätte der Postagent die Sendungen nur gegen Zahlung der Nachnahmebeträge aushändigen dürfen; mangels Zahlung hätte er die Pakete entweder alsbald oder nach Ablauf der Einlösungsfrist an den jeweiligen Absender zurückgehen lassen müssen. Diesem ordnungsmäßigen Gang der Postbeförderung entzog er die Pakete, indem er sie schon vor der Bezahlung der Nachnahme aushändigte und dadurch den Gewahrsam der Post vollkommen preisgab, so daß der Eingang der Nachnahmebeträge dann allein von der Zahlungsfähigkeit und dem Zahlungswillen des BeschwF. abhängig war.

Es handelt sich bei diesem Verstoße des Postagenten R. nicht um eine bloße Vernachlässigung postamtlicher Vorschriften von rein innerdienstlicher Bedeutung, die das Vertrauen der Allgemeinheit auf die Zuverlässigkeit des Postbetriebs nicht berühren und daher der dienststrafrechtlichen Ahndung überlassen bleiben können (vgl. RGSt. 47, 68); es kann insbes. gegen die Anwendung des § 354 StGB. nicht eingewendet werden, daß der Postagent die Pakete ja gerade an den ausgehändigt habe, dem sie zugehen sollten, und daß die Absender durch die Haftung der von den Angekl. im Ergebnis nicht geschädigten Post gesichert gewesen, also in ihrem Vertrauen auf die Zuverlässigkeit der Post nicht getäuscht worden seien. Denn bei der Behandlung von Nachnahmesendungen hat die Post nicht nur den Versand auszuführen, sondern auch dafür zu sorgen, daß der Absender das Eigentum an der Sendung nicht eher verliert, als bis der Eingang der auf dem Gute liegenden Nachnahme durch Zahlung des Empfängers der Sendung an die Post gesichert ist; das Vertrauen der Allgemeinheit auf die Zuverlässigkeit der Post bezieht sich also bei einer Nahnahmesendung nicht bloß auf die Beförderung des Gutes, sondern auch darauf, daß die Post das Einziehen des Nachnahmebetrags für den Absender in einer Art und Weise besorgt, die dem Absender zu seiner Sicherheit das Versandgut wahrt, bis die Zahlung des Nachnahmebetrags für den Absender an die Post geleistet ist. Andererseits haftet die Post nach § 21 Nr. X PostO., falls eine Nachnahmesendung ohne ordnungsmäßige Einziehung des Nachnahmebetrags ausgehändigt wird, weder unbeschränkt für allen

Schaden, der dem Absender aus dem ordnungswidrigen Verfahren erwächst, noch ohne weiteres für den vollen Betrag der Nachnahme, sondern nur für den entstandenen unmittelbaren Schaden bis höchstens zum Betrage der Nachnahme; und auch den hiernach begrenzten Schadensersatz kann der Absender naturgemäß nicht ohne Beweisschwierigkeiten und Verzögerungen erlangen. Die Absender der ohne Zahlung ausgehändigten Sendungen wurden also durch das Verhalten der Angekl. gefährdet, und das Vertrauen auf die Zuverlässigkeit des Postversands unter Nachnahme müßte schwinden, wenn ein solches Verhalten häufig geübt würde. Demgegenüber ist es unerheblich, ob der BeschwF. zahlungsfähig und zahlungswillig war und ob er nachträglich ohne Verzug gezahlt hat.

Zum inneren Tatbestande des Vergehens nach § 354 StGB. bei dem Angekl. R. und der Anstiftung bei dem BeschwF. war hier nichts weiter erforderlich, als daß beide den äußeren Tatsachenhergang kannten und das Bewußtsein hatten, der Postagent handele dabei gegen die postdienstlichen Vorschriften; denn daraus ergab sich die Kenntnis der Angekl. von der Rechtswidrigkeit ihres Vorgehens, soweit eine solche Kenntnis überhaupt zur Strafbarkeit nach § 354 StGB. gehört (vgl. RGSt. 35, 81/82), nämlich die Kenntnis davon, daß keine mit Gesetzeskraft ausgestattete Vorschrift vorhanden war, die es im gegebenen Falle erlaubte oder sogar erforderte, die Sendung — wie z. B. infolge einer amtlich verhängten Postsperre — anders als nach den gewöhnlichen postdienstlichen Vorschriften zu behandeln. Dieser innere Tatbestand ist den Feststellungen der StrK. zweifelsfrei zu entnehmen.

Rechtlich einwandfrei ist ferner die Annahme des LG., daß der BeschwF. als Anstifter auf Grund des § 354 StGB. zu bestrafen ist, obgleich er nicht Postbeamter ist (RGSt. 28, 101/102).

Auch das weitere Vorbringen der Rev. ist unzutreffend. Nach der Ansicht der StrK. hat der BeschwF. auf Grund eines Gesamtvorsatzes, also in fortgesetzter Handlung, aber doch immer wieder „in verschiedenen Fällen" auf den Postagenten R. eingewirkt und dadurch die Herausgabe der Pakete vor der Zahlung der Nachnahmebeträge erreicht und hat auch R. auf Grund eines Gesamtvorsatzes, also fortgesetzt, gehandelt. Ein solcher Sachverhalt ist tatsächlich und rechtlich möglich. Entgegen der Behauptung der Rev. steht in der Rspr. des RG. fest, daß noch während der Ausführung einer fortgesetzten Straftat der Täter zu einzelnen Teilhandlungen besonders angestiftet werden kann (vgl. schon RGSt. 48, 206; 56, 326).

(RG., 1. StrSen. v. 24. Sept. 1937, 1 D 1035/36.)

Blutschutzgesetz

13. RG. — Da § 5 Abs. 2 BlutschutzG. wahlweise Gefängnis oder Zuchthaus androht, kann bei Verurteilung zu Gefängnisstrafe nicht daneben auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Das LG. hat gegen den Angekl. wegen Verbrechens gegen §§ 2 und 5 Abs. 2 BlutschutzG. neben einer Gefängnisstrafe von einem Jahr und sechs Monaten auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte für die Dauer von drei Jahren erkannt. Das war unzulässig. Da das Gesetz den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte neben der Gefängnisstrafe nicht ausdrücklich zuläßt, durfte auf die erwähnte Nebenstrafe nur erkannt werden, wenn die Gefängnisstrafe infolge Annahme mildernder Umstände an die Stelle der Zuchthausstrafe trat (§ 32 Abs. 1 StGB.). An dieser Voraussetzung fehlte es hier, denn der § 5 Abs. 2 BlutschutzG. v. 15. Sept. 1935 droht wahlweise Gefängnis oder Zuchthaus an, ohne mildernde Umstände vorzusehen. Auch im Wege entsprechender Rechtsanwendung (§ 2 StGB.) kann in diesem Fall der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte nicht ausgesprochen werden, wie in RGSt. 70, 218 (220) = JW. 1936, 1780 [16] näher dargelegt ist.

(RG., 5. StrSen. v. 20. Sept. 1937, 5 D 616/37.)

Reichsstraßenverkehrsordnung

14. RG. — Aus § 25 RStraßVerkO. ist eine Pflicht, dauernd die äußerste rechte Seite der Fahrbahn einzuhalten, nicht abzuleiten. In der AusfAnw. zu § 26 Abs. 1 RStraßVerkO. ist nur gesagt, aus der allgemeinen Verkehrsregel des § 25 folge, daß stets vorsorglich die rechte Seite einzuhalten sei, wenn ein Ausweichen oder Überholtwerden bevorstehen könne. Unter der rechten Seite ist aber nur die rechte Hälfte der Fahrbahn, nicht die rechte Hälfte der rechten Hälfte zu verstehen.

(RG., 4. StrSen. v. 24. Sept. 1937, 4 D 511/37.)

*

15. RG. — § 27 RStraßVerkO. Vorfahrtsrecht und Vorfahrtspflicht.

Das Vorfahrtsrecht wird dann praktisch, wenn anzunehmen ist, daß sich zwei Kraftfahrzeuge etwa gleichzeitig am Schnittpunkt ihrer Fahrbahnen treffen würden, wobei die Schnelligkeit beider Fahrzeuge, ihre Länge und ihre Entfernung vom Schnittpunkt zu berücksichtigen sind. In solchen Fällen muß der Vorfahrtspflichtige den Vorfahrtsberechtigten grundsätzlich vor sich vorbeilassen. Nur dann darf er eine Kreuzung noch vor dem Vorfahrtsberechtigten befahren, wenn er mit Sicherheit damit rechnen kann, daß er mit seinem Kraftfahrzeug ohne jede Gefährdung anderer noch vor dem Vorfahrtsberechtigten über die Kreuzung hinwegkommen werde (RGSt. 71, 80 = JW. 1937, 1346 [56] m. Anm. und RGSt. 71, 164 = JW. 1937, 1824 [94] m. Anm.). Dabei muß der Vorfahrtspflichtige berücksichtigen, daß er dem Vorfahrtsberechtigten freie Weiterfahrt ermöglichen muß; er muß also dessen Fahrbahn so frühzeitig überschritten haben, daß dieser nicht etwa einen Zusammenstoß befürchten und aus Vorsicht bremsen muß, weil der Vorfahrtspflichtige zu knapp an ihm vorbeifährt. Der Vorfahrtspflichtige darf nicht in der Erwartung in die Kreuzung einfahren, daß der Vorfahrtsberechtigte ihn noch vorbeilassen, also abstoppen werde, um ihm die Vorfahrt zu ermöglichen. Insbesondere darf der Vorfahrtspflichtige, der früher an die Kreuzung gelangt, sich aber mit geringerer Geschwindigkeit als der Vorfahrtsberechtigte bewegt, nicht deswegen das Vorfahrtsrecht des anderen schmälern, weil er früher als der Vorfahrtsberechtigte an die Einfahrt der Kreuzung gelangt ist (RGSt. 71, 165 = JW. 1937, 1824 [94] m. Anm.).

Im vorl. Fall erkennt das Urteil grundsätzlich an, daß dem Angekl., der von rechts kam, das Vorfahrtsrecht zustand. Die StrK. ist jedoch der Ansicht, daß er sich nicht darauf berufen konnte, weil sich der Lastkraftwagen des W. wenigstens 20 m früher an dem Schnittpunkt der beiden Fahrtrichtungen befunden habe und W. deshalb ohne Rücksicht auf das Vorfahrtsrecht des Angekl. seine Fahrt fortsetzen durfte, weil er nach Lage der Sache mit Gewißheit annehmen konnte, daß er die Kreuzung ohne jede Behinderung des Angekl. vor diesem würde überfahren können. Diese Feststellung der StrK. ist tatsächlich nicht begründet. Das Gegenteil ergibt sich schon aus der Tatsache, daß beide Fahrzeuge zusammengestoßen sind, außerdem aber auch aus den festgestellten Geschwindigkeiten und Entfernungen. Der Lastzug des W. befand sich danach mit den Vorderrädern nur noch 4—5 m vom Schnittpunkt der Fahrbahnen entfernt, als der Angekl. noch 25 m entfernt war. Zu diesen 25 m brauchte der Angekl., der mit einer Geschwindigkeit von 30 km fuhr, 3 Sekunden. In dieser Zeit legte der Lastkraftwagen, der eine Geschwindigkeit von 20 km hatte, 16,66 m zurück; seine Vorderräder wären also 11—12 m jenseits des Schnittpunkts gewesen. Nimmt man die Länge des Lastzugs mit 14—15 m an — genaue Feststellungen werden noch zu treffen sein —, so ergibt sich auch daraus, daß beide Fahrzeuge zusammenstoßen mußten. Aus den Ausführungen des Urteils ergibt sich weiter, daß die StrK. zu der Feststellung, der Lastkraftwagenführer habe nach Lage der Sache annehmen können, er werde die Kreuzung noch vor dem Angekl. durchfahren können, auch insoweit aus falschen Erwägungen gelangt ist, als sie davon ausgegangen ist, wenn der Angekl. dem W. nicht die freie Durchfahrt gelassen habe, so treffe W. daran kein Verschulden. Danach hat die StrK. angenommen, der Angekl. habe abstoppen müssen, um W. vorbei-

zulassen, was nach dem oben Ausgeführten der Regelung des Vorfahrtsrechts widerspricht.

Die Ansicht des angefochtenen Urteils, der Angekl. habe erkennen müssen, daß der Lastzug erheblich früher als er an der Kreuzung sein würde, und habe deswegen seine Fahrt abstoppen müssen, beruht also auf einem Denkfehler und auf einer falschen Auslegung der Vorschriften über das Vorfahrtsrecht. Da beide Kraftfahrzeugführer die Fahrtrichtung des anderen auf 50 m übersehen konnten, mußte vielmehr W. erkennen, daß beide Fahrzeuge ungefähr gleichzeitig die Kreuzung erreichen würden, und deshalb seine Fahrt verlangsamen oder anhalten und dem Angekl. die Vorfahrt lassen.

In der neuen Hauptverhandlung wird die StrK. prüfen müssen, ob dem Angekl. etwa insoweit eine Fahrlässigkeit zur Last fällt, als er, nachdem er erkannt hat oder hätte erkennen müssen, daß ihm W. das Vorfahrtsrecht nicht einräumen werde, seinerseits nicht das Erforderliche getan hat, um einen Zusammenstoß zu vermeiden (vgl. dazu RGUrt. 4 D 884/35 v. 25. Okt. 1935: JW. 1936, 450) oder ob etwa die schlechte Beschaffenheit seiner Bremsen ursächlich dafür gewesen ist, daß er das nicht tun konnte.

(RG., 4. StrSen., U. v. 21. Sept. 1937, 4 D 495/37.)

*

16. OLG. — 1. Beim Wenden auf offener Straße außerhalb einer Straßenkreuzung ist ein Fall des Vorfahrtsrechts i. S. des § 27 Abs. 1 oder 2 RStraßVerkO. nicht gegeben.

2. Von einem Kraftfahrer kann nicht gefordert werden, daß er ein Wendemanöver in einer geschlossenen Ortschaft nur dann beginnt, wenn er die Gewißheit hat, das Wenden vor dem Eintreffen eines anderen die Straße benützenden Verkehrsteilnehmers beendet und die Straße wieder völlig frei gemacht zu haben.

Der Angekl. fuhr mit seinem Personenkraftwagen zu einer verkehrsreichen Zeit in Nürnberg durch die G.-Straße stadtauswärts. Vor einem Hause rechts hielt er an, ließ einen Fahrgast aussteigen und fuhr darauf zum Zwecke des Wendens nach links, um wieder stadteinwärts zu fahren. Da die Straßenbreite dort nur 7,70 m beträgt, konnte er nicht in einem einzigen Bogen wenden. Er fuhr deshalb bis hart an den Straßenrand, so daß sein Wagen senkrecht zur Straße stand, und stieß dann langsam zurück, um die Wendung zu vollenden. Die Straße beschreibt stadtauswärts gesehen eine leichte Kurve nach links. Die Sicht in diese Kurve, die etwa 40 m von der Wendestelle entfernt beginnt, ist durch einen Baum und durch Vorgärten etwas behindert. In demselben Augenblick, in dem der Angekl. seinen Wagen zurücksetzte, kam mit erheblicher Geschwindigkeit durch die Kurve stadteinwärts ein Kraftrad mit Beiwagen gefahren. Der Führer des Kraftrades, der den quer zur Fahrbahn stehenden Wagen des Angekl. bereits in der Kurve erblickt hatte, glaubte, daß dieser halten würde, bis er vorbeigefahren sein würde, und fuhr mit unverminderter Geschwindigkeit weiter, um hinter dem Wagen des Angekl. vorbeizufahren. In diesem Augenblick setzte der Angekl., der das Kraftrad nicht hatte kommen sehen, weil er während des Zurückstoßens durch das Rückfenster seines Wagens den hinter diesem liegenden Teil der Straße beobachtete, seinen Wagen langsam nach rückwärts in Bewegung. Das Kraftrad streifte den Wagen des Angekl., wurde nach links geschleudert und fuhr die ihm auf der linken Straßenseite entgegenkommende Nebenklägerin an. Diese wurde dadurch verletzt.

Das AG. hat den Angekl. wegen schwerer fahrlässiger Körperverletzung in Tateinheit mit einer Übertretung der RStraßVerkO. verurteilt. Das LG. hat den Angekl. freigesprochen. Die Rev. der Nebenklägerin war unbegründet.

Das AG. ist bei der Prüfung der Rechtslage von der Auffassung ausgegangen, daß der Angekl. während des Wendens für die von rückwärts kommenden Verkehrsteilnehmer vorfahrtsverpflichtet war, und zwar sowohl nach Abs. 1 als auch nach Abs. 2 des § 27 RStraßVerkO. Diese Auffassung, der sich das LG. nicht angeschlossen hat, ist unzutreffend. Die Anwendung des § 27 Abs. 1 RStraßVerkO. scheidet aus, weil das Wenden nicht an einer Straßenkreuzung oder Straßeneinmündung erfolgte. Die Vorschrift des § 27 Abs. 2 trifft nicht zu, weil der Angekl. kein dem Kraftradfahrer „auf derselben Straße Begegnender“ war, dessen Richtung er kreuzen wollte. Ein Fall des Vorfahrtsrechts war demnach überhaupt nicht gegeben.

Es war daher lediglich unter dem Gesichtspunkt des § 230 StGB. (Körperverletzung) und dem des § 25 RStraßVerkO. (verkehrsmäßiges Verhalten) zu prüfen, ob der Angekl. den Zusammenstoß schuldhaft verursacht hat. Auszugehen ist dabei von der dem Urteil des LG. zu entnehmenden tatsächlichen Feststellung, daß der Angekl. selbst beim Rückwärtsfahren das Kraftrad nicht gesehen hat. Es kann dahingestellt bleiben, ob ein Kraftfahrer seiner Sorgfaltspflicht schon damit genügt, daß er beim Rückwärtsfahren nur durch das Rückfenster seines Wagens blickt. Jedenfalls ist es bei der technischen Schwierigkeit des Rückstoßens ausgeschlossen, daß der Führer des Kraftwagens durch dieses Fenster beobachtet und gleichzeitig nach rechts und links schaut. Wenn der Angekl. somit gerade in dem Zeitpunkt, in dem das Kraftrad sich näherte, nicht stadtauswärts gesehen hat, so kann ihm dieses nicht als Verschulden angerechnet werden.

Aber auch in dem Verhalten des Angekl. vor Beginn des Zurücksetzens ist ein schuldhaftes Handeln nicht nachweisbar. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, daß der Angekl. vor Beginn des Rückwärtsfahrens die Fahrbahn nicht mit genügender Aufmerksamkeit beobachtet hätte. Eine derartige Unterlassung würde aber auch zur Begründung einer Verurteilung nicht herangezogen werden können, da es an der Ursächlichkeit einer solchen Unterlassung für den Eintritt des Erfolges fehlen würde. Denn das landgerichtliche Urteil läßt mit genügender Deutlichkeit erkennen, daß der Angekl. bei Beginn des Rückwärtsfahrens das Kraftrad noch nicht erblicken konnte.

Schließlich kann dem Angekl. auch nicht, wie der BerK. zutreffend ausführt, vorgeworfen werden, daß er an dieser Stelle nicht hätte wenden dürfen. Die Wendestelle war stadtauswärts auf 40 m übersichtlich. Jeder Verkehrsteilnehmer konnte somit den Angekl. rechtzeitig erblicken und seine Fahrweise noch auf die des Angekl. einstellen. Es kann vom Kraftfahrer nicht gefordert werden, daß er ein Wendemanöver in einer geschlossenen Ortschaft nur dann beginnt, wenn er die Gewißheit hat, das Wenden vor dem Eintreffen eines anderen die Straße benützenden Verkehrsteilnehmers beendet und die Fahrbahn wieder völlig frei gemacht zu haben. Ein derartiges Verlangen würde ein Wenden innerhalb geschlossener Ortschaften in fast allen Fällen ausschließen.

(OLG. München, Urt. v. 23. Juli 1937, 1 Ss 149/37.)

Reichsgewerbeordnung

17. OLG. — §§ 15 a, 148 Abs. 1 Ziff. 14 RGewO. Gesellschaften mbH. und Aktiengesellschaften, die ein Ladengeschäft betreiben, sind verpflichtet, ihren Firmennamen gemäß § 15 a GewO. anzubringen; hierzu gehört der Zusatz GmbH. bzw. A.G.

Das AG. hat den Angekl. wegen Übertretung der §§ 15 a, 148 Abs. 1 Ziff. 14 RGewO. zu einer Geldstrafe verurteilt. Es erblickt die Übertretung darin, daß die Firma Kaisers Kaffeegeschäft GmbH., die in Hamburg-Altona eine Anzahl von Filialen in Gestalt von offenen Ladengeschäften unterhält, die Firmenschilder an diesen Läden nur mit der Bezeichnung „Kaisers Kaffeegeschäft“ unter Weglassung des Zusatzes „GmbH.“ versehen hat. Für die Befolgung der Vorschrift des § 15 a GewO. ist der Angekl., da ihm die Leitung und Beaufsichtigung der Filialen obliegt, verantwortlich.

Die Rev. beruft sich auf ein Urteil des HansOLG. v. 19. März 1928 (JW. 1929, 3030). In dieser Entsch. ist ausgeführt worden, daß § 15 a Abs. 1 und 2 GewO. auf Handelsgesellschaften keine Anwendung finden könne, da nur physische Personen einen Familiennamen haben. Durch die Sonderbestimmung des Abs. 3 werde allerdings die Pflicht zur Mitteilung des Namens auf die persönlich haftenden Gesellschafter der OHG., KommGes. und KommGes. a. A. ausgedehnt; dagegen fallen Aktiengesellschaften und GmbH. nicht unter diese Bestimmung.

Der Senat in seiner jetzigen Besetzung hält an dieser Rechtsauffassung nicht fest, und zwar aus folgenden Erwägungen:

Der Sinn und Zweck der Vorschrift des § 15 a GewO. ist es, daß der verantwortliche Inhaber eines Ladengeschäfts oder einer Gastwirtschaft in einer für jeden erkennbaren Weise angeführt wird. Es soll damit erreicht werden, daß derjenige, der in einem Laden oder in einer Gastwirtschaft ein Rechtsgeschäft abschließt, weiß, an wen er sich zu halten hat. Aus diesem Grundgedanken folgt, daß § 15 a GewO. nicht nur für physische Personen gilt. Ist eine physische Person Inhaber des Ladengeschäfts oder der Gastwirtschaft, so ist ihr Name anzugeben. Führt sie eine Handelsfirma, dann ist der Name der Firma und zugleich der persönliche Name anzubringen, falls dieser nicht bereits aus der Firma zu entnehmen ist (§ 15 a Abs. 2 GewO.). Bei OHG., KommGes. und KommGes. a. A. sind außer der Firma die Namen der persönlich haftenden Gesellschafter anzugeben, da sie diejenigen sind, die in Anspruch genommen werden können (§ 15 a Abs. 3 GewO.). Bei

den Aktiengesellschaften und den GmbH., bei denen eine persönliche Haftung der Aktionäre oder der Gesellschafter regelmäßig nicht in Frage kommt, muß die Firma an dem Ladengeschäft oder der Gastwirtschaft angebracht sein. Zu der Firma gehört aber der Zusatz Aktiengesellschaft (§ 20 HGB.) bzw. GmbH. (§ 4 Abs. 2 GmbHG.). Der entgegengesetzte Standpunkt, wie er früher vom HansOLG. vertreten worden ist, würde zur Folge haben, daß diese Gesellschaften, wenn sie einen Laden haben oder eine Gastwirtschaft betreiben, es überhaupt nicht nötig hätten, eine Anschrift anzubringen. Ein solches Ergebnis würde aber in Widerspruch stehen zu dem Zweck des § 15 a GewO., durch den Wahrheit und Klarheit der Firmierung erreicht werden soll. Mit Recht weist das OLG. Darmstadt in seiner Entsch. v. 4. Mai 1934 (JW. 1934, 1513) darauf hin, daß zwar die Fassung des § 15 a GewO. zu der irrigen Auslegung führen könne, als gelte er (abgesehen von der Bestimmung des Abs. 3) nur für physische Personen. Die Begründung zu dieser Vorschrift läßt aber keinen Zweifel zu, daß § 15 a GewO. es jedem firmenberechtigten Kaufmann (und dazu gehören auch die Aktiengesellschaften und die GmbH.) zur Pflicht macht, unter allen Umständen den Namen der Firma an dem Laden oder an der Gastwirtschaft anzubringen. In demselben Sinne hat sich auch der BadVGH. in einem Erkenntnis v. 22. April 1936 (JW. 1936, 2680) ausgesprochen (zustimmend Groschuff daselbst und Kommentar zu GmbHG. 1936, Anm. B zu § 4).

(OLG. Hamburg, 1. StrSen., Urt. v. 2. Aug. 1937, Ss 64/37.)

Zwecksparsgesetz

**** 18. RG. — § 20 ZwecksparG.; § 266 StGB.; § 29 GenG.**

a) Der Abschluß von Sparverträgen mit der Vereinbarung eines festen Auszahlungstermins verstößt bereits gegen § 20 ZwecksparG., es sei denn, daß vereinbarungsgemäß Beschränkungen für die Erfüllung der Verträge zum sicheren Schutz des Sparervermögens vorgesehen wurden, etwa daß die Erfüllung der Terminszusagen nur aus vorhandenem freiem Verwaltungsvermögen der Unternehmung erfolgen sollte, oder daß für die Zahlungen Rückstellungen außerhalb des Sparervermögens für den Zeitpunkt der Fälligkeit gebildet wurden.

b) „Zum Nachteil der Sparer" ist bereits bei unmittelbarer Gefährdung des Sparergutes verfügt.

c) Hat der auf Grund eines Ermächtigungsvertrages zur Wahrnehmung fremder Interessen Verpflichtete bei Ausführung des Ermächtigungsgeschäfts fahrlässig einen Schaden verursacht, so trifft ihn keine besondere Treupflicht i. S. des § 266 StGB. zur Beseitigung dieses Schadens.

d) Das frühere Vorstandsmitglied einer Genossenschaftsbank, dessen Ausscheiden im Genossenschaftsregister nicht eingetragen ist, kann als späterer Angestellter dem Bankkunden gegenüber unter Umständen noch als tatsächlicher Vollmachtsträger für die Genossenschaft i. S. des § 266 StGB. angesehen werden. †)

I. Der Angekl. hat mit dem Kaufmann W. einen Zwecksparvertrag nach Tarif K über 25 000 RM und zwei solche Verträge über je 20 000 RM abgeschlossen.

Das LG. hat bereits in dem Abschluß dieser Verträge je einen Teilakt des angenommenen fortgesetzten Vergehens gegen § 20 ZwecksparG. gesehen.

Es konnte dahingestellt sein lassen, ob die Verträge wirklich als Sparverträge gewollt waren, oder ob sie nur in die Form von Sparverträgen gekleidete reine Wechseldiskontgeschäfte darstellten. Denn in jedem Falle hat, wie die StrK. rechtlich einwandfrei feststellt, der Angekl. bewußt geschäftsplanwidrig über Sparervermögen zum Nachteil von Sparern verfügt. In den Verträgen sind dem W. feste Terminszusagen gemacht worden. Mit Recht hat die StrK. darin einen Verstoß gegen § 20 a. a. O. gesehen.

Die Sparbank war auf das übliche System der Zwecksparunternehmen aufgebaut, daß für die Sparer oder Sparergruppen je die gleichen Bedingungen maßgebend waren, und daß die sich danach ergebende Zuteilungsreife des einzelnen Sparvertrages entscheidend dafür war, wann der Anspruch auf Auszahlung des Spardarlehns entstand. Der Zeitpunkt der Zuteilungsreife war nicht im voraus festsetzbar. Er hing im wesentlichen davon ab, ob die Sparer pünktlich zahlten, wie die Tilgungsraten eingingen und wieviel neue Sparer fortlaufend gewonnen wurden. Daß Sparverträge mit Terminszusagen mit diesem Geschäftsplan unvereinbar waren, liegt auf der Hand. Diese Verträge stellten jedenfalls dann eine andere Sparer benachteiligende Verfügung über das Sparvermögen i. S. des § 20 ZwecksparG. dar, wenn sie nicht derart beschränkt waren, daß die Terminszahlungen nur zu leisten waren, falls freies Vermögen des Unternehmens dafür vorhanden war, oder wenn nicht für sie von vornherein solche Rückstellungen außerhalb des Sparervermögens gemacht waren, daß sie daraus bei Fälligkeit ohne weiteres erfüllt werden konnten.

Solche Beschränkungen oder Vorkehrungen sind bei dem Abschluß der Verträge mit W. nach der Sachdarstellung weder vereinbart noch getroffen worden. Das LG. konnte daher rechtsirrtumsfrei annehmen, daß schon mit dem Abschluß der Verträge eine Gefährdung des Sparervermögens bei der Sparbank hervorgerufen worden ist, die eine Minderung des Sparergutes bedeutete. Dem steht nicht entgegen, daß der Angekl. geplant hat, die Geldansprüche des W. aus freien Mitteln der Sparbank zu begleichen. Mit Recht hat das LG. darin keine ausreichende Gewähr für die Nichtbeeinträchtigung des Sparervermögens gesehen. Es stellt zudem fest, daß bei Abschluß des ersten Vertrages die geldliche Lage der Sparbank keineswegs gut war und sich im Laufe der Zeit nur scheinbar gebessert hatte. Des weiteren ist dargelegt, daß vor allem zu den Zahlungen für den ersten voll abgewickelten Vertrag Sparergut auch tatsächlich verwendet worden ist. Für das zweite Geschäft mit W. ist unter dem Gesichtspunkt der Gefährdung des Sparervermögens noch dargetan, daß für diese hohen und für eine längere Zeit die Sparbank belastenden Zahlungen Rückstellungen weder vorgesehen noch vorgenommen worden sind.

Auch unter der Annahme, daß die Verträge möglicherweise reine Wechseldiskontgeschäfte waren, ist der Tatbestand des § 20 ZwecksparG. rechtsirrtumsfrei vom LG. dargetan. Es geht mit Recht davon aus, daß die Belastung des Gesamtvermögens der Sparbank eine Verfügung i. S. des § 20 a. a. O. darstellte, die sich ohne weiteres auf das mitverhaftete Sparervermögen erstreckte. Ob eine solche Belastung einen Verstoß gegen § 20 a. a. O. bedeutet, hängt davon ab, ob sie im Einzelfall als ein geschäftsplanwidriges Verfügen über Sparervermögen zum Nachteil der Sparer anzusehen ist. Die lediglich abstrakte Möglichkeit, daß eine Belastung des Gesamtvermögens auch zu einer Vollstreckung in sonst zur Verteilung bereites Sparergut führen kann, erfüllt die aufgestellten Erfordernisse nicht. Es muß vielmehr die viel engere Verknüpfung gegeben sein, daß die Belastung das Sparervermögen in seinem Bestande in einer Weise gefährdet, die einer Minderung gleichzuachten ist. Das liegt bei solchen Geschäften vor, die wegen mangelnder Vorsorge, sie demnächst auch aus freiem Vermögen abwickeln zu können, schon eine unmittelbare Gefährdung des Sparergutes als ihre wirtschaftliche Auswirkung in sich schließen. Daß dies bei den Geschäften mit W. nach den Urteilsfeststellungen der Fall war, ist bereits erörtert.

Auch zur inneren Tatseite sind die Urteilsfeststellungen hier bedenkenfrei. Die StrK. hat aus dem ganzen Verhalten des BeschwF. bei der Erledigung der Geschäfte mit W. auf seine Absicht geschlossen, unbekümmert um das Gesetz und die Reichsaufsicht wie das Wohl der Sparer nach Belieben Geldgeschäfte zu machen, und demgemäß festgestellt, daß er sich völlig darüber klar war, daß die mit den W.-Geschäften getätigten geschäftsplanwidrigen Verfügungen über das Sparervermögen den Sparern bei der Genossenschaft zum Nachteil gereichten.

II. Dem Angekl. ist alsdann weiter zur Last gelegt, daß er im Vertrauen auf Geldzusagen seitens des Dr. L. unter Abweichung von den Geschäftsbedingungen der Sparbank in großem Umfange Sparverträge mit Terminszusagen abgeschlossen hat oder von den dazu beauftragten Vertretern hat abschließen lassen.

Daß die StrK. schon in dem Abschluß solcher Verträge ein geschäftsplanwidriges Verfügen über Sparervermögen zum Nachteil der Sparer erblicken konnte, ist zu I erörtert. Auch hier sind nach der Sachdarstellung in den Verträgen keine Beschrän-

kungen vorgesehen worden, und es sind auch keine Vorkehrungen zur völligen Sicherung ihrer Abdeckung außerhalb des Sparervermögens getroffen worden. Damit erledigt sich der Einwand der Rev., ein Nachteil i. S. des § 20 ZwecksparG. hätte nur insoweit angenommen werden können, als tatsächlich Zahlungen aus dem Sparervermögen demnächst auf Verträge mit Terminszusagen erfolgt sind.

Auch die Beanstandung der Feststellungen zum inneren Tatbestand ist nicht begründet. Das LG. hat dem BeschwF. geglaubt, er habe zuversichtlich gehofft, Dr. L. werde gewaltige Summen in die Sparbank hineingeben und damit dem Unternehmen eine geradezu glänzende Zukunft verschaffen. Es hat dem Angekl. auch keinen Vorwurf daraus gemacht, daß er diese Hoffnungen hegte, obwohl es an schriftlich festgelegten und irgendwie bestimmten Zusagen des Dr. L. fehlte. Die StrK. geht aber, wie die weiteren Urteilsausführungen erkennen lassen, davon aus, der BeschwF. sei sich dessen bewußt gewesen, daß es sich vorerst um Hoffnungen handelte, und daß irgendwelche Mittel von Dr. L. weder zur Verfügung gestellt waren noch für bestimmte Zeitpunkte in sicherer Aussicht standen. Sie konnte daraus den Schluß ziehen, daß der Angekl. trotz seines Hoffens auf das Geld von L. doch mit der Möglichkeit gerechnet hat, das Sparervermögen werde zur Erfüllung der geschäftsplanwidrigen Verträge herangezogen werden können, und daß er diese Möglichkeit bewußt in den Kauf genommen hat. Ein Widerspruch ist darin nicht zu finden.

III. Der Verurteilung des BeschwF. wegen Untreue liegt folgender Sachverhalt zugrunde. Der BeschwF. hatte dem Sch. für eine Schuld von 2000 *RM* mit einem Hypothekenbrief Sicherheit gestellt. Er erbat sich den Brief zur Durchführung einer größeren Geldbeschaffung zurück. Sch. übergab ihm diesen zu treuen Händen mit der Abrede, daß er am nächsten Tage den Brief oder 2000 *RM* zurückzugeben habe. Der Brief sollte als Sicherheit bei einem Kreditgeschäft der Sparbank und der K.-AG. über 8000 bis 12000 *RM* dienen. Das Vorstandsmitglied der Gesellschaften H. traf sich mit dem BeschwF. und dem als Geldgeber in Aussicht genommenen Hth. Der BeschwF. gab nun ohne weiteres H. den Brief, der ihn dem Hth. in der Erwartung aushändigte, dieser werde nun sofort zahlen. Hth. behielt aber, ohne zu zahlen, trotz Widerspruchs der anderen den Brief, da er sich erst Geld beschaffen wollte. Kurz danach sandte er aber den Brief dem bei dem Geschäft tätig gewesenen Notar zur Rückgabe an die K.-AG. zurück. Der Notar hatte an diese eine Kostenforderung von 250 *RM*. Er schickte ihr den Brief mit einem anderen Grundschuldbrief unter Nachnahme. Die Gesellschaft unterließ die Einlösung, da die Sparbank zahlen sollte. Der BeschwF. war gerade zugegen, als man die Sendung zurückgehen ließ. Er nahm keinen Anlaß, die Nachnahme einzulösen, obwohl er wußte, daß der Brief in der Sendung war. Demnächst hat Sch. ihn gegen Zahlung der 250 *RM* von dem Notar erhalten.

Das LG. geht bedenkenfrei davon aus, daß der Angekl. durch die unvorsichtige Weitergabe des Briefes seine Pflicht gegenüber Sch. verletzt, dabei aber nur fahrlässig gefehlt habe. Sie macht ihm aber als Untreue zum Vorwurf, daß er es unterlassen habe, den Brief als Geschäftsführer ohne Auftrag für den Kostenschuldner damals bei der Gesellschaft einzulösen. Er habe die Vermögensinteressen des Sch. wahrzunehmen gehabt und sei, nachdem er fahrlässig den Brief aus den Händen gegeben habe, verpflichtet gewesen, dem Sch. den Brief selbst durch eine Einlösung unter Aufwendung eigener Mittel zu verschaffen.

Der StrK. ist nicht beizutreten. Die dem BeschwF. von Sch. eingeräumte Verfügungsbefugnis über den Brief war durch den Gang der Ereignisse beseitigt. Der Zweck des Geschäftes war hinfällig geworden, da eine neue Geldbeschaffung nicht mehr in Frage kam. Der Angekl. haftete dem Sch. aus der fahrlässigen Pflichtverletzung auf Schadensersatz. Er hatte ihm auf Grund der tatsächlich erfolgten Verfügung über den Brief, das herauszugeben, was er erlangt hatte; es handelte sich insoweit um seine etwaigen Ansprüche gegen H. oder die von diesem vertretene Gesellschaft oder gegen Hth. Das war alles, was der BeschwF. nach Verlust des Briefes an Sch. auf Grund des Treueverhältnisses zu leisten hatte.

Die Annahme des LG., daß der BeschwF. sich durch die ihm als pflichtwidrig zur Last gelegte Unterlassung der Untreue schuldig gemacht habe, ist rechtsirrtümlich. Aus der Pflicht, die Interessen des Sch. aus dem Ermächtigungsvertrage wahrzunehmen, konnte nicht gefolgert werden, daß der Angekl. auf Grund einer Treupflicht i. S. des § 266 StGB. gehalten war, den von ihm fahrlässig verursachten Schaden zu beseitigen. Die übernommene Betreuung der Interessen Sch.s erschöpfte sich in der Pflicht der Durchführung und Abwicklung des Ermächtigungsgeschäftes. Dazu gehört die Beseitigung des durch die Fahrlässigkeit verursachten Schadens ebensowenig, wie die Vertretung des Sch. bei Geltendmachung etwaiger Ansprüche gegen H., die Gesellschaft oder Hth. Es handelt sich insoweit um neue, von dem ursprünglichen Ermächtigungsverhältnis nicht umfaßte Rechte des Sch., für deren Wahrung der BeschwF. aus dem Treueverhältnis heraus nicht einzustehen hatte.

IV. Die Kunden der Sparbank F. und Frau B. hatten dieser Wertpapiere zur bankmäßigen Verwahrung und Verwaltung übergeben. Bereits vor Eintritt des BeschwF. in den Vorstand der Sparbank ist durch das damalige Vorstandsmitglied rechtswidrig über diese Stücke verfügt worden, indem sie der gutgläubigen D.-Bank zum Pfande übergeben wurden. Dies hatte der BeschwF. erst längere Zeit nach seinem Eintritt in den Vorstand erfahren. Er teilte den 1934 anfragenden Kunden mit, die Stücke ruhten im Depot der Sparbank bei der D.-Bank. Die Frau B. wurde auch dahin verständigt, die Auslösung ihrer Papiere sei zur Zeit nicht möglich, da sie für eine Schuld der Sparbank an die D.-Bank hafteten. Die Papiere wurden, obwohl die Sparbank genügend Mittel hatte, in der Folgezeit nicht aus der Pfandhaft gelöst. Vielmehr verhandelte die D.-Bank auf Betreiben des BeschwF. mit ihm über die Bereinigung des Schuldkontos der Sparbank, für das die Wertpapiere mithafteten. Es wurde vereinbart, daß die D.-Bank den Erlös der von ihr für Rechnung der Sparbank zu verkaufenden Wertpapiere mit zur Abdeckung verwenden sollte. Der Abschluß dieses Vergleichs erfolgte durch das von dem BeschwF. und dem Vorstandsmitglied der Sparbank, dem mitangeklagten S., unterzeichnete Schreiben der Sparbank vom 28. Febr. 1935, mit dem das Angebot der D.-Bank angenommen wurde. Der BeschwF. hatte am 22. Febr. 1935 sein Amt als Vorstand der Sparbank niederlegen müssen. Er wurde aber noch weiter als Angestellter beschäftigt, da er praktisch unentbehrlich war. Seine Eintragung als Vorstand im Genossenschaftsregister war damals noch nicht gelöscht.

Das LG. hat die dem BeschwF. zur Last gelegte Untreue gegenüber den beiden Bankkunden rechtsirrtumsfrei in dem Abschluß des Vertrages vom 28. Febr. 1935 gefunden. Daß dem BeschwF. die durch Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis i. S. des § 266 StGB. zustand, über Vermögen der beiden Bankkunden zu verfügen, ist zu Recht angenommen. Solange er geschäftsleitendes Vorstandsmitglied der Sparbank war, machte ihn die von den Kunden vorgenommene rechtsgeschäftliche Betrauung der Sparbank als deren handlungsfähiges Organ zum tatsächlichen Träger der von den Kunden erteilten Vollmacht (RGSt. 62, 15, 20). Sein Ausscheiden aus dem Vorstande bewirkte hierin im Hinblick auf die besonderen Umstände des Falles keine Änderung. Er war als nunmehriger Angestellter in seinem bisherigen Tätigkeitskreis für die Bank verblieben, so daß ihm weiterhin tatsächlich die Erledigung der der Bank erteilten Aufträge oblag. Er nahm als deren angebliches Organ ihre Vertretungsbefugnisse gegenüber den Kunden in rechtswirksamer Form wahr, da seine Rechtshandlungen für die Genossenschaft, die er als scheinbarer Vorstand vornahm, gegenüber gutgläubigen Dritten, wie hier der D.-Bank, nach § 29 GenG. Bestand hatten. Der von ihm zusammen mit S. abgeschlossene Vergleich für die Genossenschaft war somit auch ein Handeln als tatsächlicher Vollmachtsträger gegenüber den von diesem Vertrag betroffenen beiden Bankkunden (vgl. dazu die zu § 266 Nr. 1 StGB. a. F. ergangene RGEntsch. v. 26. Nov. 1931, 2 D 926/30).

Der Verwaltungsauftrag der Bankkunden war nach den Urteilsfeststellungen trotz der widerrechtlichen Verpfändung der Wertpapiere bestehen geblieben. Daß in der Verkaufsermächti-

gung an die D.-Bank durch den BeschwF. ein Verfügen über die noch im Eigentum der Bankkunden stehenden Papiere i. S. des § 266 StGB. lag, ist zu Recht von der StrK. angenommen. Ihre Ansicht, daß darin eine Benachteiligung der Betroffenen lag, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Der Verkaufsauftrag bedeutete eine unmittelbare Gefährdung des Eigentums der Bankkunden. Der Verlust dieses Eigentums verschlechterte auch ihre wirtschaftliche Lage, da ihnen damit jede Möglichkeit genommen war, durch geeignete Maßnahmen gegenüber der Sparbank diese zu veranlassen, die Wertpapiere aus der Pfandhaft für ihre Schulden zu lösen. Daß ein solcher Erfolg möglich war, ergibt die Feststellung im Urteil, der Sparbank hätten die dafür erforderlichen Mittel zur Verfügung gestanden.

Auch der innere Tatbestand der Untreue ist zureichend dargetan. Der BeschwF. hat, wie das Urteil ergibt, die Verkaufsermächtigung erteilt, damit von ihr Gebrauch gemacht werde, und war sich der bereits damit bewirkten Vermögensbeschädigung der Betroffenen bewußt.

(RG., 2. StrSen. v. 21. Juni 1937, 2 D 871/36.)

Anmerkung: Der in allen Teilen sehr interessanten Entsch. des RG. kann vollen Umfanges zugestimmt werden. Sie befaßt sich in ihren veröffentlichten Teilen mit dem neuen Untreuestrafrecht und spricht hierzu Grundsätze aus, die zwar der bisherigen Rspr. des RG. entsprechen, im vorl. Fall aber auf einen besonderen Sachverhalt abgestellt sind und hierzu eine besonders klare und eindeutige Formulierung erfahren. Die Entsch. gibt im einzelnen zu folgenden Bemerkungen Anlaß:

1. Zu Ziff. I und II des Urteils.

Die beiden ersten Fälle befassen sich mit dem Untreuetatbestand auf Grund der Sonderbestimmung des § 20 ZwecksparG., welche die geschäftsplanwidrige Verfügung über das gemeinsam von Zwecksparern aufgebrachte Vermögen zum Nachteil der Sparer mit Strafe bedroht. Nachdem der Tatbestand des § 266 StGB. durch die Neufassung nach Art. 1 Strafrechtsnovelle vom 26. Mai 1933 eine beträchtliche Ausweitung erfahren hat, könnte die Frage aufgeworfen werden, ob die vor diesem Zeitpunkt erlassene Vorschrift des § 20 ZwecksparG., die durch den neugefaßten § 266 RStGB. völlig umfaßt wird, nicht überholt und gegenstandslos geworden ist — eine Frage, die auch für alle sonstigen Untreuevorschriften des Nebenstrafrechts von Bedeutung ist. Aber die Vorschriften des Art. 3 bis 5 der Novelle über die Ergänzung der Untreuevorschriften im Nebenstrafrecht sprechen dagegen. Man wird aber im wesentlichen bei der Anwendung der offenbar zur Verstärkung generalprävenierender Wirkungen bestehen gebliebenen Sonderbestimmungen auf die Auslegung und Anwendung des umfassenden § 266 RStGB. zurückzugreifen haben, so daß die zweckmäßige Einheit bei der Anwendung des gesamten Untreuestrafrechts somit gewährleistet erscheint. Die Gerichte sind auch wohl durchweg diesen Grundsätzen gefolgt und haben zunächst stets die Sondertatbestände des Nebenstrafrechts weiter angewendet.

Nach der gesetzlichen Auflösung aller Zwecksparunternehmungen erfolgt auch die Liquidierung des Zwecksparwesens in strafrechtlicher Beziehung, so daß künftig die Vorschriften des § 20 ZwecksparG. wohl kaum noch zur Anwendung kommen dürften. Aber die oben getroffene Entsch. bleibt für das Bausparstrafrecht von entscheidender Bedeutung. Daß die Einlagen der Bausparer bei einer Bausparkasse ebenfalls ein zweckgebundenes Vermögen darstellen, über das nur nach Maßgabe der Satzungsbestimmungen verfügt werden kann, ist klar in dem Strafurteil des RG. v. 21. Okt. 1935 (2 D 181/35) ausgesprochen. Nach Auffassung des RG. ist zwischen den verantwortlichen Leitern einer Bausparkasse und den Bausparern ein Treueverhältnis besonderer Art i. S. des § 266 StGB. entstanden, das den Leitern die Verpflichtung auferlegt, alle getroffenen Vereinbarungen zur Vermeidung von Schäden für das Sparergut unter allen Umständen zu achten.

Das obige Urteil befaßt sich im wesentlichen mit dem Problem der sogenannten Terminszusagen bei Kollektivsparunternehmungen und legt mit großer Klarheit fest, wann eine Terminszusage strafbar ist. Die Vorschrift des § 136 VersAufsG. für Bausparkassen ist zwar enger gefaßt als die des § 20 ZwecksparG. Strafbare Festzusagen würden bei Bausparkassen, soweit sie nicht mehr unter § 136 VersAufsG. fallen, eben mit dem gleichen Ergebnis nach § 266 StGB. zu beurteilen sein. Die aufgeworfenen Fragen hängen, wie sich auch aus dem Urteil ergibt, mit dem kollektiven Sparsystem überhaupt zusammen. Die hierin begründete Ungewißheit über den Zeitpunkt der Auszahlung des Gemeinschaftssparדarlehns hat von jeher zu den verschiedensten Abhilfeversuchen zur Ermöglichung einer festen Voraussage und hiervon abgesehen auch zur Abkürzung der häufig unerträglich langen Wartezeiten geführt. Hauptsächlich wird der gewünschte Erfolg durch die Hereinnahme sogenannter Fremdgelder von dritter Seite zwecks vorzeitiger Auszahlung an die Darlehnssucher angestrebt. Sofern einer Unternehmung Fremdgelder zur Verfügung stehen, so sind ihren gesetzlichen Vertretern durch die Grundsätze des Urteils außerordentlich eingehende Sorgfalts- und Prüfungspflichten auferlegt. Die Auffassung des RG., die den größtmöglichen Schutz der Sparer bezweckt, läßt sich in dem Satz zusammenfassen, daß jedes feste Darlehnsversprechen, welches zu einer Belastung und Minderung des vom Gesamtvermögen der Unternehmung rechtlich nicht zu trennenden Gemeinschaftssparvermögens führen kann, bereits strafbare Untreue darstellt. Insbes. ist der erweiterten Auffassung des RG. zuzustimmen, daß es nicht darauf ankommt, ob solche Darlehnsverträge in die Form von Kollektivsparverträgen oder von sonstigen Kreditgeschäften gekleidet sind. Allein die Beeinträchtigung des Sparervermögens ist entscheidend. Mit Recht geht das RG. bei der Auslegung des Begriffs „zum Nachteil der Sparer" davon aus, daß eine Gefährdung der Spareransprüche genüge, wenn diese wirtschaftlich bereits einer Wertminderung gleichkomme, wobei allerdings die lediglich abstrakte Möglichkeit einer Vollstreckung in das Sparvermögen noch nicht ausreicht. Mit dieser Auffassung bleibt das RG. im Rahmen der Grundsätze, die es bei Auslegung der Begriffe „Nachteil" (§ 266 StGB.), „Vermögensschädigung" (§ 263 StGB.) u. a. m. ständig vertreten hat, wonach die Möglichkeit künftigen Eintritts der Vermögensbenachteiligung nicht genügt, aber die wirtschaftlich einer Vermögensminderung gleichkommende gegenwärtige Gefährdung ausreicht (vgl. RGSt. 49, 25; 51, 209; 53, 194). Damit wird aber bereits durch den Abschluß von Darlehnsverträgen mit festen Auszahlungszusagen und nicht erst durch deren Erfüllung der Untreuetatbestand erfüllt. Die Ausführungen des RG. über die Voraussetzungen nach der inneren Tatseite entsprechen ebenfalls herkömmlichen Anschauungen, insbes. soweit das RG. den bedingten Vorsatz des Täters, der mit der Möglichkeit der Belastung des Sparervermögens unter Abweichung vom Geschäftsplan rechnete, für ausreichend hält (ebenso RGUrt. v. 16. März 1936, 3 D 27/36).

Interessant sind die Ausführungen des RG. zum Begriff des Geschäftsplans. Die Geschäftsplanwidrigkeit i. S. des § 20 ZwecksparG. muß also als besonderer Fall der Rechtswidrigkeit angesehen werden, auf die sich ebenfalls der Vorsatz zu erstrecken hat. Technisch wird unter einem Geschäftsplan die schriftliche Aufzeichnung der Grundsätze über die Geschäftsabwicklung usw. gesehen (vgl. §§ 5, 116 VersAufsG.), die von den sogenannten Spar- und Darlehnsbedingungen zu trennen ist. Mit Recht geht das RG. wesentlich weiter und sieht einen Geschäftsplan schon allein darin, daß die Kasse nach dem System der Zwecksparunternehmungen arbeitete. Die Forderung nach einem ordentlichen Geschäftsplan entsprechend gesetzlichen oder aufsichtsbehördlichen Vorschriften kann für das Strafrecht nicht entscheidend sein. Fehlt ein solcher Plan, so ist eine Kasse vom Standpunkt der Aufsichtsbehörde als unzuverlässig anzusehen. Es wäre jedoch widersinnig, wollte man den Mangel eines ordentlichen Geschäftsplanes im technischen Sinn zum Freibrief für strafrechtlich verantwortliche Geschäftsvorstände machen. Es haben sich notwendig aufsichtsbehördliche und strafrechtliche Auffassungen zu trennen. Für die Zwecke des Strafrechts muß die tatsächliche Bestimmung der Art und Weise des Geschäftsbetriebes zur Annahme eines Geschäftsplanes genügen. — Wie nun nach allem das RG. erkennen läßt, daß es an die kaufmännischen Sorgfalts- und Prüfungspflichten hohe Anforderungen stellt, so gibt es andererseits der Geschäftspraxis wichtige Hinweise, aus denen sich ergibt, welche Vorsorge bei dem Abschluß von Verträgen

mit festen Terminsversprechen getroffen werden muß, damit ein strafrechtlicher Vorwurf nicht erhoben werden kann.

2. Zu Ziff. III.

Die Entsch. des RG. über Inhalt und Grenzen des Ermächtigungsvertrages und über die Begehung von Untreue durch Unterlassung bietet gleichermaßen einen wertvollen Beitrag zum Untreuestrafrecht. Es unterliegt keinem Zweifel, daß strafbare Untreue auch durch Unterlassung begangen werden kann. Aus der Besonderheit des gesetzlichen Untreuetatbestandes als einer Treupflichtverletzung folgt, daß die Tatbestandsmäßigkeit einer kausalen Unterlassung nicht bereits dann gegeben ist, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln, zur Verhinderung des Erfolgseintritts besteht. Vielmehr muß die Handlung gerade auf Grund der besonderen Treupflicht geboten sein, deren Verletzung das Unterlassen als strafbaren Treubruch kennzeichnet. Das folgt auch aus dem Grundsatz der Identität der vom Täter zu wahrenden und der von ihm verletzten Interessen. Für das alte Untreuestrafrecht hat das RG.: JW. 1934, 2241 bereits klar wie folgt Stellung genommen: „Wenn es auch bei einem Bevollmächtigten i. S. der Ziff. 2 (des § 266 StGB. a. F.) nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist, in einem bloßen Unterlassen, wo Handeln Pflicht gewesen wäre, eine Verfügung über ein Vermögensstück des Auftraggebers zu erblicken, so kann davon doch nur dann die Rede sein, wenn das Handeln gerade auf Grund des Vollmachtsverhältnisses Pflicht gewesen wäre." Das LG. wollte offenbar davon ausgehen, daß der die Einlösung des Briefes unterlassende Angekl. den schädlichen Erfolg durch vorgängiges fahrlässiges Handeln nähergerückt hat und ihn daher eine Pflicht zum Handeln trifft, da er für die Vermögensinteressen des Sch. Sorge zu tragen hatte. Es verkennt, daß das zwar in dem Unterlassen liegende vermögensschädigende Verhalten aus dem Rahmen der bei Geschäftsabschluß begründeten besonderen Treupflicht herausfällt. Ein allgemeiner Satz, daß derjenige, der einen Schaden verursacht, auf Grund einer Treupflicht i. S. des § 266 StGB. zur Beseitigung des Schadens angehalten bleibt, ist der Rechtsordnung fremd. Die Ausführungen des LG. enthalten insofern auch einen Widerspruch, als das LG. zunächst feststellt, das Unterlassen des Angekl. widerspreche seinen Pflichten, die ihm als einem Geschäftsführer ohne Auftrag oblagen. Damit läßt das LG. erkennen, daß der ursprüngliche Rechtsgrund, das Ermächtigungsgeschäft, nicht mehr i. S. der Erzeugung weiterer Treupflichten nachwirkt. Wenn dann aber das LG. ausführt, der Angekl. habe die Vermögensinteressen des Sch. wahrzunehmen gehabt, und wenn es diese Pflicht auch noch auf den Zeitpunkt der Verweigerung der Nachnahmeeinlösung erstreckt, so verkennt es offenbar den zivilrechtlichen Umfang des Ermächtigungsgeschäfts selber. Zur Annahme eines reinen tatsächlichen „Treuverhältnisses" i. S. des § 266 StGB. im Zeitpunkt des Unterlassens fehlt jedoch jeder Anlaß, wie das RG. schlüssig dargetan hat.

3. Zu Ziff. IV.

Die Annahme des RG., daß der als Vorstand ausgeschiedene Angekl. noch als tatsächlicher Vollmachtsträger i. S. des § 266 StGB. angesehen werden könne, entspricht der bisherigen Auffassung. Das RG. hat auf die Vollmachtswirkung gemäß § 29 GenG. gegenüber gutgläubigen Dritten Wert gelegt. Das neue Untreuestrafrecht geht jedoch noch weiter, wie das Tatbestandsmerkmal „Treueverhältnis" im § 266 erkennen läßt, welches subsidiär überall dort gilt, wo lediglich die tatsächliche Lage eine Treupflicht des Täters bestehen läßt, ohne daß es auf die Auswirkungen des Zivilrechts (z. B. des § 29 GenG.) ankommt. Nach der Darstellung des Sachverhalts wäre daher auch dann Untreue anzunehmen, wenn das Ausscheiden des Angekl. aus dem Vorstand im Genossenschaftsregister eingetragen und der zivilrechtliche Schutz gutgläubiger Dritter zu versagen gewesen wäre.

Ass. H. Kahlert, Berlin.

Devisengesetz

19. RG. — § 25 Abs. 1, 4, § 45 DevG. Der Einziehungsbeteiligte kann sein Rechtsmittel auch darauf stützen, daß die bereits rechtskräftig gewordene Verurteilung des Täters sachlich nicht gerechtfertigt gewesen ist. Begriff des „Inzahlungnehmens" von Wertpapieren von einem Ausländer.

Die StrK. hat den Angekl. Sch. u. a. wegen eines fahrlässigen Devisenvergehens nach § 25 Abs. 4 DevG. verurteilt und auf Einziehung der oben in der Urteilsformel näher bezeichneten Wertpapiere erkannt. Gegen Sch. ist das Urteil rechtskräftig geworden. Dagegen hat der Kunstmaler K. Rev. gegen das Urteil insoweit eingelegt, als es die Einziehung der oben genannten Wertpapiere ausspricht. K. ist, wie sich aus seinem Vorbringen in Übereinstimmung mit den Feststellungen des angefochtenen Urteils ergibt, „Beteiligter" i. S. des § 31 DurchfVO. v. 4. Febr. 1935 (RGBl. I, 114) und zur Einlegung der Rev. in dem von ihm begehrten Umfange berechtigt (§ 32 Abs. 1 Satz 1 der genannten DurchfVO.).

Der Beteiligte kann sein Rechtsmittel gegen das Urteil, auch wenn es gegen den Angekl. selbst schon rechtskräftig geworden ist, auch darauf stützen, daß die Verurteilung des Angekl. sachlich-rechtlich nicht gerechtfertigt gewesen sei (vgl. ähnlich für das Steuerstrafverfahren RGSt. 63, 294, 299/300; 69, 32, 37/38 = JW. 1935, 951[36] m. Anm.). Nach dieser Richtung zielt auch mit Erfolg das Vorbringen des BeschwF.

Das in § 25 Abs. 4 DevG. aufgestellte Verbot des „Inzahlungnehmens" von Wertpapieren umfaßt alle Fälle, in denen eine auf Geld gerichtete Verpflichtung eines Ausländers gegen einen Inländer durch Hingabe von Wertpapieren erfüllt wird; das kann auch zutreffen, wenn ein Darlehen in Wertpapieren gegeben wird. Ob es sich nun bei den von K. dem Angekl. „übergebenen" 5000 RM nom. Goldpfandbriefen um ein Darlehen — oder auch nur um ein denselben wirtschaftlichen Zwecken dienendes Rechtsgeschäft — gehandelt hat, lassen die bisher getroffenen tatsächlichen Feststellungen nicht ausreichend ersehen. Die StrK. nimmt selbst als möglich an, daß „eine Gegenforderung des Annehmenden — nämlich des Angekl. gegen K. — nicht bestand; solchenfalls könnte aber die Hingabe der Papiere durch K. nicht zur Erfüllung einer Verpflichtung desselben gegenüber dem Angekl. geschehen sein. Ein „Inzahlungnehmen" von Wertpapieren wird auch in aller Regel voraussetzen, daß die hingegebenen Papiere mit dem übereinstimmenden Willen des Gebers und des Nehmers in das Eigentum des Nehmers übergehen sollen. Auch darüber läßt sich dem Urteil nichts Sicheres entnehmen. Denkbar wäre es wohl, daß der Angekl. nach dem Willen der beiden Beteiligten von vornherein die gesamten Papiere zu Eigentum erwerben sollte mit der Verpflichtung, den Erlös dem K. auf Abruf nach und nach herauszugeben; dann läge ein entgeltlicher Erwerb durch den Angekl. i. S. des Abs. 1 des § 25 DevG. vor. Möglich ist es nach den bisherigen Feststellungen aber auch, daß der Angekl. zunächst die Papiere für den Eigentümer K. nur verwahren sollte, allerdings mit der Ermächtigung, im Falle eigenen Geldbedarfs die Papiere ganz oder teilweise für eigene Rechnung zu verbrauchen und den Erlös als Darlehen zu behalten; dann aber lag ein „Inzahlungnehmen" erst in dem Zeitpunkt vor, in dem der Angekl. die Papiere verkaufte, und auch nur hinsichtlich des Teils der Papiere, den er verkaufte. Das ist jedoch nur der Fall gewesen mit den 2000 RM nom., die der Angekl. im Mai 1936 durch die Sparkasse verkaufen ließ, während der Rest von 3000 RM nom. auch jetzt noch im Depot bei der Stadtsparkasse auf den Namen des Angekl. liegt, der insoweit immer noch bloßer Verwahrer und nicht Eigentümer der Papiere sein kann. Soweit also der Angekl. eines fahrlässigen Vergehens nach § 25 Abs. 4 DevG. auch bezüglich der noch vorhandenen 3000 RM nom. Wertpapiere schuldig gesprochen worden ist, wird seine Verurteilung durch die bisher getroffenen Feststellungen nicht getragen. Damit entfällt aber bisher auch die rechtliche Grundlage für die Einziehung jener 3000 RM nom. Goldpfandbriefe; denn die Einziehung i. S. des § 45 Abs. 1 DevG. setzt ein schuld-

haftes Handeln in Beziehung auf die einzuziehenden Werte voraus.

(RG., 4. StrSen. v. 14. Sept. 1937, 4 D 375/37.)

*

20. LG. — § 45 DevG.; §§ 15, 43, 63 Ziff. 3 KO.

1. Abgrenzung der Einziehung von der Ersatzeinziehung.

2. Die Konkurseröffnung steht einer Einziehung nicht entgegen.

3. Konkursgläubiger sind nicht von der Einziehung „betroffen". †)

Durch den angefochtenen Beschluß hat das AG. auf die Einziehung eines Betrages von 1828,89 RM erkannt, der aus der Einlösung ausländischer Zahlungsmittel herrührt, die von den beiden nach England ausgewanderten Beschuldigten L. und Sch. ohne Genehmigung der zuständigen Devisenstelle in das Ausland versandt werden sollten. Die gegen diesen Beschluß eingelegte sofortige Beschwerde des Konkursverwalters der OHG. St. & Co. in B., deren Inhaber die beiden Beschuldigten waren, ist zwar zulässig (§ 45 Abs. 2 S. 2 DevG.; § 304 Abs. 2 StPO.), aber unbegründet.

Es kann dahingestellt bleiben, ob — wie der Konkursverwalter ausführt — eine Ersatzeinziehung im Konkursverfahren ebensowenig geltend gemacht werden kann, wie eine Geldstrafe (§ 63 Ziff. 3 KO.; vgl. Jaeger, „KO.", 6. und 7. Aufl., Bem. 4 zu § 63). Denn in dem zur Entsch. stehenden Falle handelt es sich nach der Auffassung des BeschwG. nicht um eine Ersatzeinziehung, sondern um die Einziehung von Werten, auf die sich die strafbare Handlung der Beschuldigten bezieht (§ 45 Abs. 1 S. 1 DevG.). Der von dem AG. eingezogene Geldbetrag ist kein Betrag, der von den Beschuldigten gefordert wird, weil die Einziehung eines solchen Wertes „nicht ausführbar" ist. Er stellt keinen Ersatzwert dar, sondern ist der Gegenwert der von der Zollfahndungsstelle sichergestellten und von ihr im Laufe des Vorverfahrens der Reichsbank zur Einlösung vorgelegten ausländischen Zahlungsmittel, an deren Stelle er dann hinterlegt worden ist. Als Gegenwert dieser Zahlungsmittel steht er auch in Beziehung zu der von den Beschuldigten begangenen Straftat, ohne die er in der vorl. Form niemals zur Entstehung gelangt sein würde. Er muß daher in rechtlicher Beziehung ebenso gewertet werden, wie die ausländischen Zahlungsmittel selbst, wenn sie noch zur Verfügung des Gerichts ständen. Ein anderes Ergebnis würde dem zugrundeliegenden Sachverhalt nicht gerecht und dem Rechtsempfinden des Volkes widersprechen.

Hiernach ist die von dem AG. ausgesprochene Einziehung von Werten, auf die sich die strafbare Handlung der Beschuldigten bezieht, nicht zu beanstanden. Denn daß die Einziehung solcher Werte durch die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Täters nicht berührt wird, kann einem Zweifel nicht unterliegen. Insbesondere stehen die Bestimmungen der KO. ihr nicht entgegen (vgl. dazu auch Jaeger a. a. O. und Bem. 5 zu § 49, Bem. 11 zu § 15).

Der Einwand des Konkursverwalters, die Einziehung sei jedenfalls deshalb unzulässig, weil die von ihr betroffenen Konkursgläubiger von der Straftat der Beschuldigten weder Kenntnis noch einen Vorteil gehabt hätten, geht fehl. Die sichergestellten Zahlungsmittel standen, bzw. stehen im Eigentum der beiden Beschuldigten als den Inhabern der OHG. St. & Co. Den Konkursgläubigern stand ein Recht an ihnen niemals zu. Sie haben lediglich ein Recht auf anteilmäßige Befriedigung aus der Konkursmasse (§ 3 KO.) und gehören deshalb nicht zu den „Betroffenen" i. S. des § 45 Abs. 1 DevG.

(LG. Berlin, 4. Gr. StrK., Beschl. v. 30. Sept. 1937, 504 Qs 57/37.)

Anmerkung: Der Entsch. ist zuzustimmen.

1. Zur Abgrenzung der Einziehung von der Ersatzeinziehung. Das Recht der Strafverfolgungsbehörde, in Beschlag genommene Sachen, deren Aufbewahrung, Pflege und Unterhaltung unverhältnismäßig viel kostet oder deren Verderben droht, zu veräußern und den Erlös an ihrer Stelle zu hinterlegen, ist nach RGSt. 66, 85 nicht zu bezweifeln (vgl. für das Steuerstrafverfahren ausdrücklich § 433 Abs. 2 RAbgO.). Es folgt aus der durch die Beschlagnahme begründeten Pflicht des Staates, beschlagnahmte Gegenstände ordnungsmäßig zu verwahren und zu verwalten. Hat die StA. in einem Devisenstrafverfahren von diesem Recht Gebrauch gemacht, so taucht die Frage auf, ob dadurch die Einziehung des ursprünglichen Werts unmöglich geworden ist und ob demgemäß auf Einziehung eines entsprechenden Geldbetrages zu erkennen ist (Ersatzeinziehung, § 45 Abs. 1 S. 2 DevG.). Das LG. hat sich mit Recht auf den Standpunkt gestellt, daß nach wie vor die Voraussetzungen für die Einziehung des Wertes selbst gemäß § 45 Abs. 1 S. 1 DevG. vorliegen. Es liegt auf der Hand, daß durch einen Notverkauf die Rechtsgrundlagen für die Einziehung nicht verändert werden können. So wird auch in den Fällen, in denen das Gesetz die Möglichkeit einer Ersatzeinziehung nicht vorsieht, von niemandem die Ansicht vertreten, daß die Einziehung überhaupt unmöglich geworden sei, weil der einzuziehende Gegenstand zufolge des Zwangsverkaufs nicht mehr vorhanden ist, sondern nur noch durch seinen Erlös vertreten wird. Zu der Frage, was in diesem Falle Gegenstand der Einziehung ist, hat das RG. (RGSt. 66, 85 und RG.: JW. 1933, 1464) dahin Stellung genommen, daß auf Einziehung des ursprünglich beschlagnahmten Gegenstandes zu erkennen sei. Das RG. führt hierzu aus: ein allgemeiner Grundsatz, wonach anstatt auf Einziehung des beschlagnahmten Gegenstandes auf Einziehung des an seine Stelle getretenen Erlöses zu erkennen sei, bestehe nicht; die Einziehung habe zwar die Wirkung, daß mit der Rechtskraft das Eigentum an dem eingezogenen Gegenstande auf den Staat übergehe; der Staat habe sich aber durch Verkauf und Übergabe an den Erwerber dieses seines zukünftigen Eigentums für den Zeitpunkt seiner Entstehung diesem gegenüber begeben. Nach dieser Rspr. des RG. hätte das LG. im vorl. Falle den Ausspruch des AG. dahin berichtigen müssen, daß die ausländischen Zahlungsmittel eingezogen werden.

2. Zur Wirkung der Einziehung im Konkurs. Die Einziehung des Werts, auf den sich die strafbare Handlung bezieht oder der durch sie erlangt ist, wird nach allgemeiner Ansicht durch ein Konkursverfahren über das Vermögen des Einziehungsbeteiligten nicht gehindert (vgl. das in obigem Urteil zit. Schrifttum). — Offen bleibt dagegen die Frage, welche Wirkung die Ersatzeinziehung im Konkurse hat, eine Frage, die nach Sachlage in dem vom LG. entschiedenen Falle unerörtert bleiben konnte. Hier ist zunächst darauf hinzuweisen, daß der Ausspruch der Ersatzeinziehung allein noch keine dinglichen Wirkungen hervorruft, sondern daß die Entscheidung des Gerichts, die nur auf Einziehung „eines" Geldbetrages gerichtet ist, stets noch der Vollstreckung bedarf. Demnach kann das Konkursverfahren dem Ausspruch der Ersatzeinziehung niemals entgegenstehen, ebensowenig, wie etwa die Verurteilung des Gemeinschuldners zu einer Geldstrafe durch den Konkurs ausgeschlossen wäre. Fraglich bleibt nur, ob die Durchsetzung und gegebenenfalls Vollstreckung der Ersatzeinziehung trotz des Konkursverfahrens möglich ist. Hiergegen könnten zunächst Bedenken aus § 63 Ziff. 3 KO. (Geldstrafen können im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden) hergeleitet werden. Die der Ersatzeinziehung nahestehende Strafe des Wertersatzes nach § 401 Abs. 2 RAbgO. ist nach einhelliger Meinung eine echte Geldstrafe (RGSt. 66, 428) und kann daher im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden. Von diesem Wertersatz unterscheidet sich aber die Ersatzeinziehung des § 45 Abs. 1 S. 2 DevG. in wesentlichen Punkten. Jener muß, diese kann ausgesprochen werden. Jener kann im Nichtbeitreibungsfalle in Freiheitsstrafe umgewandelt werden, bei dieser besteht diese Möglichkeit nicht (so richtig Basedow: DevArch. 1937, 1007 gegen Seidel ebenda 1006). Wenn bei dem Wertersatz die Umwandlungsmöglichkeit ausschlaggebend war, sie für eine Geldstrafe im engeren Sinne zu erklären, so entfällt gerade dieses Argument bei der Ersatzeinziehung. Diese Unterschiede verbieten eine Gleichstellung der Ersatzeinziehung mit dem steuerlichen Wertersatz und lassen es geboten erscheinen, die Ersatzeinziehung nach den für die unmittelbare Einziehung geltenden Grundsätzen zu behandeln (vgl. auch Flad: JW. 1934, 1451; a. M. ohne nähere Begr. KG.: JW. 1937, 2453). Ein anderer Hinderungsgrund könnte § 15 KO. sein, wonach Rechte an den zur Konkursmasse gehörenden Gegenständen nach der Konkurseröffnung nicht mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern erworben werden können. Aus diesem Grunde versagt KG.: JW. 1937, 2452 ff. einer Pfändung die Wirkung, die auf Grund eines Arrestbefehls zur Sicherung der Geldstrafe und Einziehung in einem Devisenstrafverfahren ausgebracht ist. Ob diese Begründung stichhaltig ist, erscheint zweifelhaft. Wenn nach allgemeiner Rechtsauffassung (vgl. KG. a. a. O. mit Schrifttum) diese Bestimmung Rechten, die im Interesse des öffentlichen Wohles nach Konkurseröffnung erworben werden, nicht entgegensteht, und deshalb auch eine Einziehung noch ein Aussonderungsrecht begründen kann, so ist nicht einzusehen, daß die aus den gleichen Gründen ausgesprochene Ersatzeinziehung ohne Wirkung sein soll, nur weil sie gemäß § 463 StPO. nach den Vorschriften der ZPO. vollstreckt werden muß.

3. Da von der Einziehung nur „betroffen" sein kann, wer ein dingliches Recht an dem Einziehungsgegenstande hat, gehören die Konkursgläubiger nicht zum Kreise der Betroffenen. Sie können daher, wie das LG. mit Recht ausführt, nicht der Einziehung mit der Begründung entgegentreten, daß sie von der Straftat des Gemeinschuldners weder Kenntnis noch Vorteil gehabt haben.

RegAss. Hans Seeliger, Berlin.

Straffreiheitsgesetz

**** 21. RG. — DevStraffreihG. v. 15. Dez. 1936. Die nachträgliche Anbietung ist ein persönlicher Strafaufhebungsgrund, der die Strafbarkeit der Teilnehmer unberührt läßt. — Der Rechtsbegriff des Zusammenhangs im StraffreihG. v. 15. Dez. 1936 ist möglichst weit auszulegen. †)**

Der Angekl. K. hat — und zwar auch auf Veranlassung der Angekl. Sch. — den Rest der noch im Ausland befindlichen Devisen, auf die sich die Zuwiderhandlungen der Angekl. bezogen haben, der Reichsbank rechtzeitig angeboten und abgeliefert. Beiden Angekl. K. und Sch. kommt somit die Vergünstigung des DevStraffreihG. v. 15. Dez. 1936 (RGBl. I, 1015) zustatten. Daß es sich nur noch um einen verhältnismäßig geringen Rest der Devisen gehandelt hat, ist für die Frage der Straffreiheit ohne Belang (vgl. auch die GV. des RJM. und der Reichsstelle für Devisenbewirtschaftung v. 21. Dez. 1936 [DJ. 1913 Nr. 414] Abschnitt II).

Der Angekl. M. hat im Einverständnis mit dem Angekl. K. eine Genehmigung der Devisenstelle durch bewußt falsche Angaben erschlichen. Diese Devisengenehmigung sollte dazu dienen, die nachfolgenden Straftaten vorzubereiten und ihre Entdeckung zu verhindern. Insofern steht die Erschleichung mit allen weiteren Verfehlungen im Zusammenhang. K. hat insoweit, wie bereits ausgeführt, Straffreiheit zu genießen. Dies gilt aber nicht von M. Die nachträgliche Anbietung ist gleich der tätigen Reue — § 46 StGB. — ein persönlicher Strafaufhebungsgrund, der an sich die Strafbarkeit der Teilnehmer unberührt läßt. Der Teilnehmer ist nur dann straffrei, wenn er dazu beigetragen hat, daß der anbietungspflichtige Haupttäter die Anbietung vorgenommen hat. Das hat M. aber nicht getan. Er hat den K. zwar bitten lassen, die Devisen der Reichsbank anzubieten. Damals hatte K. seine Devisen aber bereits angeboten. Das Angebot beruht also nicht auf der Mitwirkung des M. Somit ist M. nach der Devisenamnestie insoweit nicht straffrei.

Der BeschwF. M. greift nur seine Verurteilung an. Er begehrt die Einstellung des Verfahrens gemäß dem StraffreihG. v. 15. Dez. 1936 (RGBl. I, 1015).

Der BeschwF. hat fortgesetzt deutsches Papiergeld verbotswidrig nach Holland verbracht, dort in Gulden umgewechselt und auf ein Konto, das unter dem Namen einer Holländerin Frau P. eingerichtet wurde, bei einer niederländischen Bank eingezahlt. Über dies Konto durfte er zivilrechtlich verfügen. Er hat auch darüber verfügt, um gekaufte Kraftwagen zu bezahlen. Das Guthaben war bereits erschöpft, als das angefochtene Urteil erging.

Nach seiner Einlassung, die das LG. nicht weiter geprüft hat, will der BeschwF. noch 3000 Gulden, die er in Holland durch Ausübung seines Berufes als Rechtswahrer verdient haben will, ebenfalls auf dies Bankkonto eingezahlt haben. Er will später von dem Bankkonto einen Betrag von 3000 Gulden wieder abgehoben und nach Deutschland verbracht haben.

Tatsächlich hat der BeschwF. der Reichsbank vor Ablauf des 31. Jan. 1937 den Betrag von 3000 Gulden angeboten und abgeliefert. Das sollen jene 3000 Gulden sein, die er in Holland verdient, damals aber der Reichsbank nicht angeboten und später über das erwähnte Bankkonto nach Deutschland verbracht haben will.

Wenn es richtig ist, daß die vom BeschwF. abgelieferten 3000 Gulden den Rest jener Werte darstellen, die über das Konto P. gelaufen sind, so kommt dem BeschwF., soweit er vom LG. verurteilt worden ist, die Vergünstigung der Straffreiheit gemäß dem RGes. v. 15. Dez. 1936 zustatten. Denn dann stehen diese Devisenzuwiderhandlungen in einem Zusammenhang mit jenen Straftaten, die der BeschwF. hinsichtlich der 3000 Gulden begangen hat. Entsprechend dem Zwecke der Devisenamnestie, die letzte Devise schleunigst für das Reich nutzbar zu machen, muß der Rechtsbegriff des Zusammenhanges, den das StraffreihG. v. 15. Dez. 1936 (RGBl. I, 1015) und die DurchfVO. v. 16. Dez. 1936 (RGBl. I, 1018) verwenden, möglichst weit ausgelegt werden. Dann besteht ein solcher Zusammenhang aber unbedingt bei Geschäften, die über dasselbe Konto getätigt worden sind, mögen sie auch ganz verschiedenen Zwecken gedient haben. Dabei ist es für die Frage des Zusammenhanges, wie das StraffreihG. diesen Begriff auffaßt, auch ohne Belang, ob die fraglichen 3000 Gulden auf das Konto bei der niederländischen Bank erst eingezahlt worden sind, als die Guldenbeträge, die aus den hier zur Untersuchung gezogenen Devisenzuwiderhandlungen herrührten, bereits abgehoben waren. Denn nach dem Sinn des Amnestiegesetzes soll der Schuldige die Gelegenheit erhalten, sich durch tätige Reue die Straffreiheit im vollen Umfang zu verdienen (vgl. die zit. GV. v. 21. Dez. 1936). Dann muß sich die Vergünstigung der Straffreiheit aber auf sämtliche Geschäfte erstrecken, die über dasselbe Bankkonto getätigt worden sind, weil die Angabe des gemeinschaftlichen Kontos ohne weiteres die Gefahr in sich birgt, daß alle diese Geschäfte offenbar werden. Auch dieser Möglichkeit soll der Täter, der seine Devisen anbietet, unbesorgt entgegensehen dürfen. Anders würde der Fall freilich liegen, wenn der BeschwF. die von ihm in Holland verdienten, damals aber der Reichsbank nicht angebotenen, Gulden nicht über das Bankkonto hätte laufen lassen, sondern sie in Natur nach Deutschland geschafft und erst nunmehr angeboten hätte. Dann würde der im StraffreihG. vorausgesetzte Zusammenhang fehlen.

Übrigens ist zu beachten, daß die Straffreiheit dem BeschwF. nur zustatten kommt, wenn ihre Voraussetzungen festzustellen sind. Zweifel gehen daher zu Lasten des BeschwF.

Auf § 12 Abs. 2 DevVO. (vgl. auch RGSt. 69, 386 = JW. 1936, 461 [25] und RG. 1 D 903/36 v. 4. Dez. 1936: JW. 1937, 1157 [15]) sowie auf RG. 1 D 1290/33 v. 20. Nov. 1934: JW. 1935, 1031 [18] und § 78 StGB. sowie auf RGSt. 54, 296 wird noch verwiesen.

(RG., 5. StrSen. v. 30. Aug. 1937; 5 D 338/37.)

Bemerkung: Vgl. hierzu OLGR. Schäfer: DJ. 1937, 1683.
D. S.

*

**** 22. RG. — Ges. über die Gewährung von Straffreiheit bei Devisenzuwiderhandlungen v. 15. Dez. 1936; §§ 6, 9 Abs. 2 der 8. DurchfVO. zur DevVO. v. 15. April 1934 (jetzt § 27 Abs. 1 DevG.); § 8 der 10. DurchfVO. zur DevVO. v. 22. Dez. 1934 (jetzt § 43 Abs. 2 DevG. 1935); § 36 Abs. 1 Ziff. 7 DevVO. 1932 (jetzt § 42 Abs. 1 Ziff. 7 DevG.); §§ 9, 13 DevG.; § 73 StGB.**

1. Die Voraussetzungen des Ges. über die Gewährung von Straffreiheit bei Devisenzuwiderhandlungen müssen voll nachgewiesen, nicht bloß als möglich dargetan sein. Zur Frage, inwieweit das RevG. bei der Prüfung der Anwendbarkeit dieses Gesetzes an die Feststellungen des angefochtenen Urteils gebunden ist.

2. Ebenso wie eine erschlichene Devisengenehmigung (§ 42 Abs. 1 Ziff. 7 DevG.) ist auch eine erschlichene Bescheinigung (§ 43 Abs. 2 DevG.) wirkungslos, wenn das vorgenommene Geschäft inhaltlich von dem Geschäft abweicht, das durch die Bescheinigung von einer devisenrechtlichen Genehmigung freigestellt worden ist. Deshalb deckt eine gemäß § 27 Abs. 1 DevG. erteilte Unbedenklichkeitserklärung der Reichsbank, die durch unrichtige Angaben über die Herkunft der bei einem Wertpapierhändler angelieferten Wertpapiere erschlichen ist, nicht die Aushändigung der Wertpapiere oder des Erlöses.

3. Werden mit in das Ausland ohne Genehmigung verbrachten Reichsmarkbeträgen ausländische Zahlungsmittel angeschafft und auf ein Konto eingezahlt, so liegt neben dem Devisenausfuhrvergehen in Tateinheit eine ungenehmigte Verfügung über ausländische Zahlungsmittel (§ 9 Abs. 2 DevG.) vor. †)

I. Der Angekl. Sch. war Inhaber einer Devisenbank in M. Er ließ in der Zeit vom Nov. 1934 bis Okt. 1935 durch eine Frau L. 104 000 RM und weitere 5500 RM und durch seinen Schwiegersohn G. 20 500 RM ins Ausland verbringen; beim Versuch, weiteres Geld im Betrage von 16 610 RM und ausländische Geldsorten im Werte von 75 RM auszuführen, wurde Frau L. verhaftet. Die 104 000 RM und die 20 500 RM sind in Gulden bei einer Bank in Amsterdam angelegt und zur Anschaffung von J. G. Farbenaktien verwendet worden; die

Aktien wurden später dem Angekl. übersandt. Die 5500 *RM*, welche Frau L. nach Amsterdam brachte, wurden von ihr nicht bei der Bank angelegt, sondern der Weisung des Angekl. gemäß an seine Tochter, Frau G. in London, geschickt. Der Angekl. wollte nach der Annahme des Urteils seiner Tochter damit Aufmerksamkeiten erweisen, um ihr persönliche Einkünfte neben dem Haushaltgeld ihres Mannes zu verschaffen. Diese 5500 *RM* hat der Angekl. also der Frau G. geschenkt. Außerdem hat er durch seinen Freund S. seiner Tochter in London Devisen im Werte von 1590,69 *RM* zukommen lassen.

Die Frage, ob auf die Taten des Angekl. das StraffreihG. v. 15. Dez. 1936 Anwendung findet, hängt davon ab, ob er beim Inkrafttreten des Gesetzes am 16. Dez. 1936 den devisenrechtlichen Bestimmungen zuwider Vermögen im Ausland stehen hatte, und ob er die Werte, auf die sich seine strafbaren Handlungen beziehen, der Reichsbank bis 31. Jan. 1937 angeboten hat. Wenn man von den Feststellungen des Urteils ausgeht, dann ist die Anwendung der Amnestie zu verneinen. Denn es fehlt dann an der Hauptvoraussetzung, daß der Angekl. beim Inkrafttreten des Gesetzes den devisenrechtlichen Bestimmungen zuwider Vermögen im Ausland stehen hatte. (Dies wird näher ausgeführt.)

Demgegenüber hat der Angekl. durch seinen Verteidiger geltend machen lassen, er habe am 16. Dez. 1936 ein Restvermögen von 364.6.3 Pfund = 4440,96 *RM* den devisenrechtlichen Bestimmungen zuwider auf dem Konto seines Schwiegersohnes G. bei einer Bank in London stehen gehabt; diesen Betrag habe er vor dem 31. Jan. 1937 der Reichsbank überweisen lassen; er begehre deshalb Straffreiheit in allen Fällen, in denen er verurteilt wurde.

Zur Begründung des Antrags wird in Abweichung von den Feststellungen des Urteils im wesentlichen folgendes geltend gemacht: Der Angekl. habe diejenigen Geldbeträge, die nicht auf das Konto G. bei der K.-Bank in Amsterdam eingezahlt worden seien, durch Frau L. bei deren Reisen in auf englische Pfunde lautende Schecks auf London umwechseln lassen; diese Schecks seien dann für seine (des Angekl.) Rechnung durch das Bankhaus W. in Amsterdam an G. gesandt worden. Die von S. an Frau G. gezahlten Beträge habe diese ihrem Mann für Rechnung des Angekl. zur Aufbewahrung übergeben. G. habe das Geld im Einverständnis mit dem Angekl. bei der B.-Bank in London eingezahlt. Das Konto dort habe zwar auf den Namen G. gelautet, aber nur Gelder des Angekl. enthalten; denn die nach London geschickten Gelder habe Sch. nicht seiner Tochter (Frau G.) geschenkt, sondern als sein eigenes Vermögen seinem Schwiegersohn anvertraut; über das Geld sei seine Ehefrau, die nach der Verhaftung des Angekl. nach London kam, verfügungsberechtigt gewesen. Zum Nachweis wird eine Bestätigung der B.-Bank in London vom 24. März 1937 vorgelegt. Der angebotene Betrag von 364.6.3 Pfund sei der Saldo aus diesem Konto; daß er so gering sei, erkläre sich daraus, daß es dem Angekl. in erster Linie darum zu tun gewesen sei, Geld mit den J. G. Farbenaktien zu verdienen und daß ein Teil des Geldes für Frau Sch. und die drei unverheirateten Kinder verbraucht worden sei.

Es fragt sich, welche Bedeutung diesem neuen Vorbringen des Angekl. beizumessen ist. Hierzu ist auszuführen:

Die Frage, ob das StraffreihG. v. 15. Dez. 1936 Anwendung findet, ist vom RevG. von Amts wegen zu prüfen; dabei können der Akteninhalt und andere Erkenntnisquellen benützt und auch nötigenfalls weitere Ermittlungen angestellt werden (RGSt. 55, 231; 59, 54, 56). Eine Nachprüfung ist jedoch insoweit ausgeschlossen, als die Feststellungen des angefochtenen Urteils den ihm zugrunde liegenden Sachverhalt (die Urteilsbasis) betreffen, da diese Tatsachenfeststellungen unter den Garantien der in der StPO. für das Beweisverfahren aufgestellten Grundsätze erfolgt sind und vom RevG. nicht in einem Verfahren ausgeschaltet werden können, für das diese Garantien nicht bestehen; eine Ausnahme könnte nur insoweit stattfinden, als die Feststellungen offensichtlich von Rechtsirrtum beeinflußt sind (RGUrt. v. 14. Mai 1936, 2 D 198/36). Das ist hier aber nicht der Fall. Zu den das RevG. bindenden Tatsachenfeststellungen gehören neben denen über die Zeit und den Ort der Tat (RGSt. 12, 434, 436; 45, 158; 69, 318 = JW. 1935, 3396 [31] m. Anm.; HöchstRRspr. 1936 Nr. 105), auch die über den Beweggrund; denn dieser hat von jeher in der Rspr. für die Beurteilung der Tat eine entscheidende Bedeutung gehabt und wird im kommenden Willensstrafrecht seine Bedeutung noch steigern.

Hiernach muß das RevG. auf Grund des Urteils davon ausgehen, daß der Angekl. die Beträge von 5500 *RM* und von 1590,69 *RM* in der Absicht in das Ausland hat verbringen lassen, sie seiner Tochter zu schenken, und daß diese zwei Beträge tatsächlich der Frau G. unentgeltlich zugewendet worden sind. Wenn auch die nach § 13 DevG. abgeurteilte Tat mit der Verbringung des Geldes ins Ausland vollendet war, so ist für ihre ganze Beurteilung doch von wesentlicher Bedeutung gewesen, daß das Geld der Frau G. geschenkt und nicht wie das andere Geld für den Angekl. angelegt worden ist. An dieser Auffassung wird dadurch nichts geändert, daß das Urteil bei der Strafzumessung davon spricht, der Angekl. sei bestrebt gewesen, sich durch Verbringung von Werten ins Ausland dort Vermögensstücke zu beschaffen. Denn an dieser Stelle hat das Urteil ersichtlich die Feststellung im Auge, die einige Zeilen zuvor dahin getroffen ist, von dem Gewinn, den der Angekl. aus den J. G. Farbenaktien gezogen hat, sei ein Teil, wie der Angekl. zugebe, in Form von Juwelen und anderen Gegenständen wiederum ins Ausland gelangt. Über dieses oder sonstiges weiteres Auslandsvermögen des Angekl. ist aber im Urteil nichts gesagt und im Amnestieantrage des Angekl. überhaupt keine Angabe enthalten. Jedenfalls geht das Urteil hinsichtlich der Beträge von 5500 *RM* und von 1590,69 *RM* davon aus, daß sie der Frau G. geschenkt worden sind. Da aber der Restsaldo von 364.6.3 Pfund in dem Amnestieantrag nur auf diese beiden Beträge zurückgeführt wird, muß das RevG. annehmen, daß dieser Restbetrag Vermögen der Frau G. und nicht Vermögen des Angekl. war. Hatte hiernach der Angekl. am 16. Dez. 1936 überhaupt kein Vermögen im Auslande stehen, dann hat er auch kein anbietungspflichtiges Vermögen besessen und angeboten. Er kann also die Amnestie weder hinsichtlich der Beträge von 5500 *RM* und 1590,69 *RM* noch für die übrigen Straftaten in Anspruch nehmen, so daß die Frage, ob ein „Zusammenhang“ mit diesen Taten vorliegt, nicht erörtert zu werden braucht. Die Anbietung inländischen Vermögens (§ 1 Abs. 2 StraffreihG.) wird nicht behauptet.

Die Beweiserhebung über das neue Vorbringen des Angekl. muß aber auch deshalb unterbleiben, weil dieses neue Vorbringen ohne weiteres unglaubhaft ist. Es steht mit den Behauptungen des Angekl. im Strafverfahren (z. B. dem Brief vom 11. Mai 1936, in dem er versichert, keinen Pfennig Geld im Ausland zu haben) und mit der Verteidigung in der Hauptverhandlung im schärfsten Widerspruch und soll im wesentlichen durch Familienangehörige und die mitverurteilte Frau L. bewiesen werden. Das neue Vorbringen ist nach dem ganzen Sachverhalt mit dem Verdacht belastet, daß es nur geltend gemacht wird, damit dem Angekl. die Vorteile des StraffreihG. zugute kommen. Um dieses Gesetz anzuwenden, müßten seine Voraussetzungen voll nachgewiesen, nicht bloß als möglich dargetan sein (RGSt. 53, 324; 56, 49; 66, 76, 78). Dieser volle Nachweis kann dem RevG. unter den geschilderten Umständen nicht erbracht werden, da stets die hervorgehobenen Zweifel bestehen blieben. Auch aus diesem Grunde ist deshalb die Anwendung des StraffreihG. v. 15. Dez. 1936 abzulehnen.

II. Ende April und Anfang Mai 1934 veräußerte der Angekl. Wertpapiere des A. im Nominalwert von 14 400 *RM* um 12 990,10 *RM*; den Erlös händigte er der Frau B. aus; zu diesem Zweck hatte er unter der Vorspiegelung, Einlieferer der Papiere sei Frau B., eine Unbedenklichkeitsbescheinigung der Reichsbank erschlichen. Er wurde deshalb wegen Vergehens gegen §§ 6, 9 Abs. 2 der 8. DurchfVO. v. 17. April 1934 (RGBl. I, 313) i. Verb. m. § 36 Abs. 1 Nr. 7 DevVO. 1932 zu einem Jahr sechs Monaten Zuchthaus und 15 000 *RM* Geldstrafe verurteilt.

Die Rev. macht geltend, daß die Unbedenklichkeitsbescheinigung keine Genehmigung i. S. des § 36 Ziff. 7 DevVO. 1932 darstelle und daß deshalb auf Grund dieser Bestimmung nicht hätte verurteilt werden dürfen; die Er-

schleichung einer Bescheinigung sei erst durch § 8 der 10. DurchfVO. v. 22. Dez. 1934 (RGBl. I, 1290) mit Strafe bedroht worden.

Die Rev. muß insoweit Erfolg haben, aber weiterhin auch zur Aufhebung des Urteils zuungunsten des Angekl. führen.

Die Erschleichung der Unbedenklichkeitsbescheinigung war zur Zeit der Tat nicht strafbar, da die Strafbarkeit erst durch § 8 der 10. DurchfVO. v. 22. Dez. 1934 (RGBl. I, 1290) herbeigeführt worden ist. Die Unbedenklichkeitsbescheinigung stellt auch keine Genehmigung i. S. des § 36 Abs. 1 Ziff. 7 DevVO. 1932 dar, obwohl nach Satz 2 des § 6 der 8. DurchfVO. v. 17. April 1934 (RGBl. I, 313) das Erfordernis der Genehmigung im Falle der Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung entfällt.

Daß der Gesetzgeber die Erschleichung der Unbedenklichkeitsbescheinigung nicht als Erschleichung einer Genehmigung bestraft wissen will, daß also Bestrafung nach § 36 Abs. 1 Nr. 7 DevVO. ausscheiden muß, ergibt sich aus der Verschiedenartigkeit der Strafdrohungen dieser Vorschrift sowie des § 8 der 10. DurchfVO. und des § 43 Abs. 2 DevG. 1935. Es ist abzulehnen, für die Zeit vorher die Erschleichung einer Bescheinigung als Erschleichung einer Genehmigung anzusehen, wie die StrK. es tut.

War die Erschleichung auch nicht strafbar, so war die erschlichene Unbedenklichkeitsbescheinigung doch wirkungslos. Die Grundsätze, die für die Wirksamkeit einer erschlichenen Genehmigung in der Rspr. aufgestellt sind, haben auch Geltung für die Erschleichung einer Bescheinigung. Danach ist aber eine erschlichene Bescheinigung nicht schon deshalb wirkungslos, weil sie erschlichen ist, sondern nur dann, wenn das vorgenommene Geschäft von dem als unbedenklich bezeichneten inhaltlich abweicht (RGSt. 67, 429 = JW. 1934, 562 [18]; RGUrt. 1 D 40/34 v. 12. Juni 1934: JW. 1934, 2339 [12]; 2 D 725/35 v. 23. Juli 1936: JW. 1936, 3466 [42]). Das war hier der Fall, da die Unbedenklichkeitsbescheinigung für Papiere erteilt war, die von der Frau B. eingereicht waren. In Wahrheit gehörten die Papiere aber dem Ausländer A. Die für Papiere der Frau B. erteilte Bescheinigung deckte also nicht die Papiere des A.; sie war vielmehr insoweit wirkungslos und ersetzte nicht die nach § 6 Satz 1 und 2 der 8. DurchfVO. erforderliche Genehmigung. Es ist deshalb zu prüfen, ob sich nicht der Angekl. Sch. wegen dieses Mangels strafbar gemacht hat. Es kommt in dieser Hinsicht in erster Linie in Betracht, daß nach § 6 der 8. DurchfVO. jede im Zusammenhang mit der Anlieferung erfolgende Leistung der Genehmigung bedarf. Als Leistung in diesem Sinne ist nicht die Veräußerung, wohl aber die Aushändigung des Kaufpreises anzusehen. Diese Aushändigung ist gemäß §§ 6, 9 Abs. 2 der 8. DurchfVO. und gemäß § 14 Abs. 1 DevVO. 1932 i. Verb. m. § 36 Abs. 1 Nr. 3 DevVO. 1932 strafbar.

III. Die StrK. hat es dahingestellt gelassen, ob durch den Erwerb der holländischen Gulden durch die Frau L. und deren Einzahlung bei der K.-Bank auf das Konto G. die §§ 9 Abs. 2, 42 Abs. 1 Ziff. 3 DevG. 1935 verletzt worden sind; denn selbst wenn das der Fall wäre, könnte keine Verurteilung erfolgen, da insoweit nur eine straflose Nachtat vorliegen würde, zumal der Schaden für die Devisenbewirtschaftung bereits mit der Verbringung der Reichsmarkbeträge ins Ausland eingetreten gewesen sei. Die Devisenstelle macht dagegen geltend, daß die StrK. durch die vorstehende Beurteilung die §§ 9 Abs. 1 und 2, 42 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 DevG. 1935 verletzt habe. Die Rüge muß teilweise durchdringen.

Die Anklage nimmt an, daß die Straftat durch dieselbe Handlung (§ 73 StGB.) begangen sei wie die Verbringung der Gelder ins Ausland im Fall G. Die Annahme von Tateinheit ist nicht zu beanstanden, da nach den Feststellungen des Urteils die (fortgesetzte) Verbringung von Geldern ins Ausland nur dem Zwecke der Umwandlung des Geldes in Gulden usw. diente und die Verbringung des Geldes sowohl wie die Einwechslung und die Einzahlung der Gulden durch die Frau L. erfolgte. Insoweit ist also die Verbringung auch ein Teil der durch die Umwechslung usw. begangenen Tat, da diese ohne die Verbringung der Gelder ins Ausland nicht möglich gewesen wäre (RGUrt. 1 D 1290/33 v. 20. Dez. 1934: JW. 1935, 1031 [18], 1034 [7]).

Im übrigen ist zu der Rev. des LFinA. auszuführen:

Der Erwerb der Gulden war als in sich fortgesetzte unter der Geltung des DevG. beendete Handlung strafbar nach §§ 9 Abs. 1, 42 Abs. 1 Nr. 1 DevG. Die Tat ist für den Angekl. im Inland begangen, da sie in Magdeburg eingeleitet ist (RGSt. 67, 130, 138). Aber auch wenn sie im Ausland begangen wäre, könnte sie bestraft werden (§ 48 DevG.). Daß der Angekl. Inhaber einer Devisenbank war, berechtigte ihn nur zum Ankauf der Gulden (Devisen) als Kommissionär der Reichsbank (§ 29 DevG., Bek. v. 15. Nov. 1934). Da der Angekl. die Gulden nicht als Kommissionär der Reichsbank, sondern für sich erwarb, bedurfte er dazu der Genehmigung (§ 9 DevG.). Wie bei der Verbringung des Geldes benutzte der Angekl. auch hier Frau L. als Werkzeug (RGSt. 67, 130, 137 Abs. 3).

Der Erwerb war keine straflose Nachtat zu der Verbringung des Geldes ins Ausland, da das Geld im Ausland ebensogut auf andere Weise für den Angekl. hätte Verwendung finden können (z. B. Ankauf ausländischer Grundstücke) und da beide Taten gegen andere Rechtsgüter verstießen (RGSt. 68, 227 = JW. 1934, 2339 [11] m. Anm.). Durch den Erwerb der Gulden ist keine Aufzehrung der in der Verbringung des Geldes ins Ausland liegenden Straftat erfolgt. Dagegen ist der Erwerb der Gulden von der in ihrer Einzahlung bei der K.-Bank liegenden Verfügung aufgezehrt, wie sich aus folgendem ergibt.

Worin die Verfügung über die Gulden zu erblicken ist, hängt davon ab, wie man das Konto G. beurteilt. Stand dieses Konto ausschließlich G. zu, so daß er unbeschränkter Eigentümer aller auf das Konto eingezahlter Gelder wurde, dann lag in der Einzahlung der dem Angekl. gehörenden Gulden eine Verfügung über sie, die einen Eigentumswechsel zur Folge hatte. Die StrK. nimmt diesen Standpunkt ein. (Dies wird nachgeprüft und gebilligt.)

Gehörte aber das Konto dem G., dann war die Einzahlung der Gulden eine Verfügung über sie (fortgesetztes vollendetes Vergehen nach § 9 Abs. 2, § 42 Abs. 1 Nr. 3 DevG.). Durch diese Einzahlung wurde der Erwerb der Gulden (Vergehen nach § 9 Abs. 1, § 42 Abs. 1 Nr. 1 DevG.) aufgezehrt, da der Erwerb zum Zwecke der Einzahlung geschah und die durch den Erwerb geschaffene Gefahrenlage, daß die Gulden im Ausland verblieben, durch die Anlegung verwirklicht wurde. Die StrK. hat deshalb zu Unrecht das in der Einzahlung der Gulden auf das Konto G. liegende Vergehen nach § 9 Abs. 2, § 42 Abs. 1 Nr. 3 DevG. ungesühnt gelassen. Das RevG. kann aber auf Grund der Feststellungen der StrK. das Urteil dahin berichtigen, daß der Angekl. eines fortgesetzten Vergehens nicht nur nach §§ 13 Abs. 1, 42 Abs. 1 Ziff. 3 DevG. v. 4. Febr. 1935, sondern auch eines damit in Tateinheit stehenden Vergehens nach §§ 9 Abs. 2, 42 Abs. 1 Ziff. 3 DevG. 1935 schuldig ist.

(RG., 2. StrSen. v. 14. Juni 1937, 2 D 177/37.)

Anmerkung: 1. Das RG. hat in RGSt. 56, 50 ausgesprochen, daß die Beweislage bei der Frage, ob ein StraffreihG. Platz greift oder nicht, die umgekehrte ist, wie bei der Schuldfrage. Während diese nur zu bejahen ist, wenn die Schuld des Angekl. zur vollen Überzeugung des Gerichts nachgewiesen wird, und zu verneinen ist, wenn sie nicht voll erweislich ist, kommt eine Amnestie dem Angekl. nicht schon dann zugute, wenn mit der Möglichkeit zu rechnen ist, daß ihre Voraussetzungen vorliegen, sondern nur dann, wenn die Voraussetzungen sicher nachgewiesen sind. Dieser Unterschied erklärt sich, wie das RG. a. a. O. ausführt, daraus, daß es sich bei einer Amnestie um einen nur ausnahmsweise vorgesehenen Eingriff in den regelmäßigen Gang der Rechtspflege handelt und daß deshalb ein voller Nachweis der Voraussetzungen der Amnestie erforderlich ist. Diese zu früheren Amnestiegesetzen stets vertretenen Rechtsgrundsätze wendet der 2. Sen. auf das StraffreihG. v. 15. Dez. 1936 an.

2. Der zweite Teil des Urteils untersucht, welcher Strafschutz der durch die Devisenvorschriften in das Wertpapiergeschäft eingeführten Unbedenklichkeitserklärung der Reichsbank zukommt. Erhält ein Wertpapierhändler (vgl. § 6 Abs. 7 DevG.) Wertpapiere angeliefert, so darf er nach § 27 Abs. 1 Satz 1 DevG. nur noch mit Genehmigung der Devisenstelle die Stücke herausgeben oder eine sonstige Leistung im Zusammenhang mit der Anlieferung, z. B. die Aushändigung des Verkaufserlöses, vornehmen. Das Erfordernis der Genehmigung entfällt nach § 27 Abs. 1 Satz 2 DevG., wenn die Reichsbank auf eine Anzeige der angelieferten Wertpapiere, zu der der Wertpapierhändler verpflichtet ist, erklärt, daß die Leistungen unbedenklich sind. Diese Bescheinigung der Unbedenklichkeit befreit zwar von dem Genehmigungszwang, ist jedoch selbst keine devisenrechtliche Genehmigung im technischen Sinne; denn darunter versteht das Devisenrecht nur eine schriftliche Verwaltungsverfügung, die für einen in ihr genau bezeichneten Tatbestand ein devisenrechtliches Verbot aufhebt. Die Unbedenklichkeitserklärung ist infolgedessen, wie das RG. zutreffend ausführt, nicht durch den die Erschleichung von Genehmigungen mit Freiheits- und Geldstrafe bedrohenden § 42 Abs. 1 Ziff. 7 DevG. geschützt. Sie steht vielmehr unter dem Strafschutz des § 43 Abs. 2 DevG., der mit Geldstrafe die Erschleichung einer Bescheinigung bedroht, die Voraussetzung für die Freistellung von einer devisenrechtlichen Genehmigung ist oder an deren Erteilung sonst devisenwirtschaftliche Vorteile geknüpft sind. Daß die Wirkung derartiger Bescheinigungen sich nur auf die Handlung beschränkt, die von der Genehmigung freigestellt ist, ist bereits früher von Hartenstein im „Devisennotrecht", Bem. 8 zu § 43 DevG. und von mir in dem Aufsatz „Die Erschleichung einer devisenrechtlichen Genehmigung": JW. 1935, 2181 an Beispielen gezeigt worden. Erschleicht z. B. jemand durch die Vorgabe, eine Reise auszuführen, eine Dringlichkeitsbescheinigung oder die Paßeintragung über die Inanspruchnahme eines Reiseverkehrsabkommens zu dem Zwecke, Zahlungsmittel in das Ausland zu überbringen, um damit Schulden abzudecken, so sind die Bescheinigungen für die Verfügung über die Zahlungsmittel wirkungslos, so daß außer § 43 Abs. 2 auch § 9 Abs. 2 i. Verb. m. § 42 Abs. 1 Ziff. 3 DevG. verletzt wird. Bestand mithin schon Klarheit darüber, daß die in § 43 Abs. 2 genannten Bescheinigungen nur von dem Genehmigungszwang diejenige Handlung freistellen, für die sie nachgesucht und erteilt worden sind, und daß sie wirkungslos sind, wenn ein anderes, davon abweichendes Geschäft vorgenommen wird, so ist es doch ein Verdienst des erk. Sen., diese Rechtslage in der vorl. Entsch. durch die Anwendung der bereits in der Rspr. zu der Genehmigungserschleichung aufgestellten gleichen Grundsätze auf die Bescheinigungserschleichung klar herausgestellt zu haben.

3. Der dritte Teil des Urteils enthält einen neuen Fall des Zusammentreffens mehrerer Devisenzuwiderhandlungen, auf den der 2. Sen. im wesentlichen die Grundsätze der bisherigen Rspr. des RG. zu der dabei auftauchenden Frage, nach welcher Vorschrift zu bestrafen ist, anwendet. Mit dieser Rspr. hat sich Hartenstein in der Anm. zu den in JW. 1937, 1338 und 1339 abgedruckten Urteilen eingehend auseinandergesetzt, so daß auf diese Ausführungen verwiesen werden kann.

GerAss. Turowski, Berlin.

Rechtsberatungsgesetz vom 14. Dez. 1935

23. LG. — Organe der katholischen Kirche und der ihr angeschlossenen Verbände bedürfen zum Auftreten vor den Erbgesundheitsgerichten einer ausdrücklichen Zulassung nach dem Rechtsberatungsgesetz v. 14. Dez. 1935.

Der Angekl. Dr. iur. K. ist Angestellter des Caritasverbandes EV. in F. Das Generalvikariat F. wies ihm wiederholt Personen zu, gegen die ein Verfahren nach dem ErbkrNachwGes. schwebte. Er vertrat sie auf Grund einer auf den Caritasverband EV. ausgestellten Vollmacht sowohl in schriftlichen Eingaben wie in Sitzungen der Erbgesundheitsgerichte.

Das SchöffG. in F. hat den Angekl. wegen eines Vergehens nach §§ 1, 8 Ges. zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung v. 14. Dez. 1935 verurteilt, weil er nicht im Besitz der von diesem Gesetz geforderten Erlaubnis der zuständigen Justizverwaltungsbehörde gewesen sei. Der Angekl. hatte sich damit verteidigt, Organe und Stellen einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft bedürften einer besonderen Erlaubnis nach dem genannten Gesetz nicht (§§ 3 und 6 RechtsberatungsG.). Das SchöffG. hat diesen Einwand damit abgetan, daß es den Angekl. lediglich als Beauftragten des Caritasverbandes angesehen hat, der als gewöhnlicher bürgerlich-rechtlicher Verein kein Privileg i. S. der §§ 3, 6 besitze.

Die vom Angekl. eingelegte Berufung blieb ohne Erfolg. Zwar billigt die Gr. StrK. in H. die Gründe der erstinstanzlichen Verurteilung, insbes. die scharfe Trennung zwischen Caritasverband und kath. Kirche nicht und verweist darauf, daß der Verband unter dem ausschließlichen Einfluß des zuständigen Diözesanbischofs stehe. Das Urteil fährt dann fort:

Allein schon diese äußere Einflußnahme läßt erkennen, daß der Verband ein Instrument in der Hand der geistlichen Obrigkeit ist. Allerdings hat man ihm eine eigene Rechtspersönlichkeit in Gestalt des bürgerlichen Rechts beigelegt. Diese Tatsache findet aber ihre Erklärung darin, daß die Form der juristischen Person das Auftreten des Verbandes im Rechtsverkehr rein technisch wesentlich erleichtert. Es handelt sich aber um nicht mehr als um eine Form, und die äußere Organisationsgestalt darf nicht dazu führen, den engen Zusammenhang des Verbandes mit der Kirche außer acht zu lassen. Es ist eine bekannte Erscheinung, daß Organisationen, die die Grenzen des bürgerlich-rechtlichen Vereins weit überschreiten, ihre Nebenorganisationen in die Form der juristischen Person des Privatrechts einkleiden, ohne daß damit der Sache nach die Zusammengehörigkeit von Haupt- und Nebenorganisation gelöst werden soll.

Das Gericht hat daher keine Bedenken, den Caritasverband als eine Einrichtung der kath. Kirche und als eine „Stelle" der Kirche i. S. der §§ 3 und 6 RechtsberatungsG. anzusehen. Es würde keinen Unterschied ausgemacht haben, wenn der Angekl. von vornherein mit einer ausdrücklichen Vollmacht des Generalvikariats aufgetreten wäre, und es besteht kein Zweifel, daß der Angekl. nach der Art und Weise, wie die einzelnen Fälle an ihn herangebracht wurden, durchaus der Meinung sein konnte, nicht nur im Namen des Verbandes, sondern auch des Generalvikariats zu handeln. Das Gericht nimmt somit an, daß der Angekl. bei seinem Auftreten vor den ErbgesGer. in einem Auftrage der Diözese F. und einer ihrer Stellen, nämlich des Caritasverbandes F., tätig geworden ist.

Gleichwohl hat der Angekl. gegen das RechtsberatungsG. verstoßen. § 3 Ziff. 1 des Ges., und entsprechend § 6 Ziff. 2 nehmen diejenige Rechtsberatung und Rechtsbetreuung aus den Vorschriften des RechtsberatungsG. heraus, die ... von Körperschaften des öffentlichen Rechts im Rahmen ihrer Zuständigkeit ausgeübt wird. Entscheidend ist daher nicht, ob überhaupt eine Rechtsbetreuung durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts vorliegt, sondern ob sich diese Betreuung im Rahmen der Zuständigkeit der betreffenden Korporation hält. Die Tätigkeit des Angekl. in Verfahren vor den ErbgesGer. lag jedoch außerhalb der Zuständigkeit der kath. Kirche als öffentlich-rechtlicher Körperschaft.

Die Anerkennung der Körperschaft des öffentlichen Rechts durch den Staat setzt voraus, daß die Kirche im Rahmen staatlicher Zielsetzungen ihre Tätigkeit entfaltet; anders kann der Begriff der öffentlichen Korporation einen Sinn heute nicht mehr haben. Nur insoweit steht die Kirche in dem Kreis besonderer Rechte und Pflichten, die der Staat den ihm eingegliederten öffentlich-rechtlichen Korporationen zuerkannt hat. Im übrigen ist sie eine vom Staat getrennte Gemeinschaft von Gläubigen. Im vorl. Falle ist nicht daran vorbeizugehen, daß Ziele und Wege von Staat und Kirche auf dem Gebiete der Sterilisationsgesetzgebung grundsätzlich auseinandergehen. Es wäre mit dem Sinn der Öffentlichkeit, d. h. Staatlichkeit einer Korporation unvereinbar, wollte man die Kirche auf diesem Gebiete als einen Träger öffentlich-rechtlicher Funktionen ansehen. Die Kirche hat gegenüber den von der Unfruchtbarmachung betroffenen Menschen eine seelsorgerische Pflicht. Sie hat jedoch keine unter dem Schutz ihrer Eigenschaft als Körperschaft des öffentlichen Rechts stehenden Aufgabe innerhalb des Rechtsverfahrens, welches der Staat zur Erreichung seiner bevölkerungspolitischen Ziele im ErbkrNachwGes. geschaffen hat.

Ist der Angekl. somit im Auftrage der Diözese und des Caritasverbandes vor den ErbgesGer. aufgetreten, so lag seine Tätigkeit außerhalb des Rahmens der Zuständigkeit der Kirche als Körperschaft des öffentlichen Rechts. Er kann sich auf die Ausnahmevorschrift der §§ 3 und 6 RechtsberatungsG. nicht berufen.

(LG. Hanau, Gr. StrK., Urt. v. 30. Juli 1937, 3 Ms 70/37.)

Zivilrecht

Bürgerliches Gesetzbuch

24. RG. — §§ 652, 653 BGB.

1. Beim Vermittlergeschäft wird die wirtschaftliche Wesensgleichheit des geplanten mit dem zum Abschluß gebrachten Geschäft, die Voraussetzung für den Anspruch auf Mäklerlohn ist, regelmäßig nicht dadurch allein in Frage gestellt, daß der erzielte Kaufpreis niedriger ist als der ursprünglich vom Auftraggeber geforderte. Anders ist die Sachlage jedoch zu beurteilen, wenn die Preis- und Gewinnminderung auf einem für den Auftraggeber nachteiligen Einsetzen fremden, insbes. ausländischen Wettbewerbs beruht, der nach dem Sinne des Mäklerabkommens gerade hatte verhindert werden sollen.

2. Eine stillschweigende Vereinbarung über den Mäklerlohn i. S. des § 653 Abs. 1 BGB. kann in der Regel nicht vorliegen, wenn nach Abbruch der vom Mäkler eingeleiteten und beeinflußten Verhandlungen dieser an den unter wesentlich anderen und schwierigeren Verhältnissen wieder aufgenommenen Verhandlungen nicht mehr teilnimmt und schließlich ohne seine Mitwirkung ein Geschäft zustande kommt, das für den Auftraggeber wesentlich ungünstiger ist als das ursprünglich geplante.

(RG., VII. ZivSen., U. v. 24. Aug. 1937, VII 25/37.) [N.]

*

25. RG. — § 839 BGB.; Art. 131 WeimVerf. Zu dem Begriffe: In Ausübung öffentlicher Gewalt. Bei Gelegenheit rein privater Gefälligkeitsleistungen, also außerdienstliches, fahrlässiges Umgehen mit einer Dienstwaffe durch einen Beamten, kann nicht schon die Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaft begründen, soweit nicht aus besonderen Gründen das Hantieren mit der Dienstwaffe kurz vor dem Unfall in einen unmittelbaren, inneren Zusammenhang mit dem Dienste zu bringen ist. Der Träger einer Dienstwaffe hat bei einer etwaigen Fehlerhaftigkeit der Waffe alles zu tun, um deren unbeabsichtigtes Wirksamwerden gegen Dritte zu verhüten. Diese Pflicht erstreckt sich darauf, jegliche Gefährdung Dritter durch den mangelhaften Zustand der Dienstwaffe auszuschließen, und zwar auch während der Zeit, in der die Waffe außer Dienstgebrauch steht.

Am Abend des 23. Juni 1934 besuchte der Grenzzollangestellte Johann K. gemeinschaftlich mit seinem Bruder, dem Reichswehrwachtmeister Ernst K., und anderen Personen die vom Dorf veranstaltete Sonnenwendfeier. Johann K. trug seine Uniform als Grenzzollbeamter und hatte seine geladene Dienstpistole umgeschnallt. Als er mit seiner Begleitung kurz nach Mitternacht zurückkam, stellte seine Nachbarin das Fehlen ihres Wohnungsschlüssels fest. Um ihr Eingang in die Wohnung zu verschaffen, legte man eine Leiter an das Speisekammerfenster an. Johann K. stieg hinauf und holte zunächst die auf der Fensterbank stehenden Blumen herunter. Dann betrat er die Leiter nochmals, um durch das Fenster einzusteigen. Er hatte schon die zweite Leitersprosse erstiegen, als er seinen ihm hinderlichen Leibriemen abschnallte und seinem unten an der Leiter stehenden Bruder zureichte. Hierbei fiel das eine Ende des Leibriemens mit der daran befestigten Pistolentasche auf die Erde. Als Ernst K. sich bückte, um die Tasche aufzunehmen, löste sich ein Schuß aus der Pistole, der ihn durch die Tasche hindurch in den Leib traf und tödlich verletzte.

Die Witwe und der minderjährige Sohn des Getöteten hatten im Vorprozesse den Johann K. auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Mit dieser Klage sind die Kl. weder beim LG. noch beim OLG. durchgedrungen.

Nunmehr richten die Kl. ihren Schadensersatzanspruch gegen das Reich.

Das LG. hat die erhobenen Rentenansprüche dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Berufung war erfolglos. Auf die Rev. verwies das RG. die Sache an das BG. zurück.

Die Haftung des beklagten Reichs setzt nach Art. 131 WeimVerf. i. Verb. m. § 1 RHaftG. v. 22. Mai 1910 und mit § 839 BGB. voraus, daß ein Reichsbeamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt eine ihm Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht schuldhaft verletzt und dadurch Schaden verursacht. Der Grenzzollangestellte Johann K. besaß zwar nicht die staatsrechtliche Beamteneigenschaft, sondern war nur im Angestelltenverhältnis tätig. Das steht der Klage jedoch nicht entgegen. Soweit er als Angestellter hoheitsrechtliche Verrichtungen auszuüben hatte, muß er i. S. der oben genannten Haftungsbestimmungen einem Beamten gleichgestellt werden. Hieran ist durch das BRÄndG. v. 30. Juni 1933 nichts geändert worden. Von dieser Rechtslage, die der feststehenden Rspr. des RG. entspricht, ist das BG. zutreffend ausgegangen.

Ohne Rechtsirrtum hat das BG. ferner angenommen, daß Johann K. die Pistole am Abend des 23. Juni 1934 in dienstlicher Eigenschaft mit sich führte. Er befand sich zwar auf einem zu privaten Zwecken unternommenen Ausgang und nicht auf einem Dienstgang, den seine vorgesetzte Dienststelle angesetzt oder verlangt hatte. Gleichwohl war er berechtigt, seine Uniform mit umgeschnallter Dienstpistole zu tragen. Dem Grenzaufsichtspersonal der Reichsfinanzverwaltung war mit Rücksicht auf die in dem Grenzbezirk obwaltenden Verhältnisse das Tragen der Dienstpistole zur Uniform auch bei Ausgängen außerhalb des eigentlichen Dienstes gestattet, und zwar um deswillen, weil das Grenzaufsichtspersonal jederzeit mit einem Zusammentreffen mit Schmugglern zu rechnen hatte und in der Lage sein mußte, dienstlich gegen diese einzuschreiten. Johann K. übte zwar keine bestimmten Dienstverrichtungen aus, hielt sich aber mit Billigung seiner vorgesetzten Behörde dazu in gegenwärtiger, durch Uniform und Waffe besonders gekennzeichneter Bereitschaft. Durch seine Uniform wurde er dabei für jedermann als zum Waffenbrauch berechtigt ausgewiesen (vgl. V Nr. 1a der Dienstanweisung v. 16. Juli 1921 [RFBl. 184] zu dem Ges. über den Waffengebrauch des Grenzaufsichtspersonals der Reichsfinanzverwaltung v. 2. Juli 1921 [RGBl. 935]). Demnach kann nicht zweifelhaft sein, daß Johann K. die Pistole zwecks Durchsetzung staatlichen Zwangs, d. h. in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt mitgenommen hatte. Daß er die Pistole in diesem Falle schußfertig in dem Futteral tragen mußte, folgt aus II Nr. 1 Abs. 2 Satz 1 der genannten Dienstanweisung, wonach Feuerwaffen im Dienste geladen und gesichert mitzuführen sind.

Im Vorprozesse war vom BG. der Standpunkt vertreten, Johann K. habe die Pistole entladen müssen, sobald er mit seinen Begleitern auf das Gehöft des Zollamts zurückgekehrt war, denn mit dem Betreten des Gehöfts sei sein Dienstgang beendet gewesen. Das BG. hatte hierzu auf II Nr. 1 Abs. 2 Satz 2 der genannten Dienstanweisung Bezug genommen, wonach die Dienstwaffen unverzüglich nach Schluß des Dienstes zu entladen sind. Dafür habe Johann K. nicht gesorgt. Für seine pflichtwidrige und schuldhafte Unterlassung, welche die grundlegende Bedingung für den Unfall gesetzt habe, müsse — so hatte das BG. ausgeführt — das Reich an Stelle des damals beklagten Johann K. haften.

Der Unfall ist geschehen, während Johann K. mittels einer Leiter in die Wohnung der Nachbarin einsteigen wollte, um der Frau Einlaß in die Wohnung zu verschaffen. Für diese Tätigkeit des Johann K. bestand kein dienstlicher Anlaß, sie wurde vielmehr nur aus persönlichen Gründen unternommen. Sie lag daher jenseits des Umkreises der Ausübung öffentlicher Gewalt. Das gilt grundsätzlich auch, soweit dabei Handlungen an und mit der Waffe geschehen sind. In dieser Hinsicht kann auf die in RGZ. 104, 288 ff. entwickelten Leitsätze Bezug genommen werden. Diese sind zwar für den Fall eines aus persönlichen Gründen geschehenen bewußten Mißbrauchs der Dienstwaffe aufgestellt; sie müssen aber folgerichtig auch für ein außerdienstliches fahrlässiges Umgehen mit der Waffe angewendet werden. Eine solche unvorsichtige Handhabung der Waffe würde demnach — für sich allein betrachtet — bei der hier gegebenen Gelegenheit rein privater Gefälligkeitsleistung noch nicht ausreichen, um die Haftung des Reichs für den Unfall zu begründen.

Dadurch ist indessen nicht ausgeschlossen, daß aus anderen besonderen Gründen das Hantieren mit der Waffe kurz vor dem Unfall in unmittelbaren inneren Zusammenhang mit dem Dienste zu bringen ist. Insoweit könnte möglicherweise schon das

Ablegen der Waffe als Amtshandlung aufzufassen sein, etwa in gleicher Weise, wie in dem in RGZ. 101, 356 behandelten Falle der Entladung einer vorher im Dienst verwendeten Waffe durch einen Soldaten nach seiner Rückkehr in das Quartierzimmer. Dafür bietet der festgestellte Tatbestand aber keine ausreichende Grundlage. Das Ablegen des Koppels braucht nicht in jedem Falle eine Diensthandlung zu sein. Hier hatte sich Johann K. des Koppels mit der Waffe — soweit ersichtlich — nur deshalb entledigt, um sich das Einsteigen in die Wohnung der Nachbarin zu erleichtern. Seine Handlung fiel daher durchaus in den Zusammenhang dieser Gefälligkeitsleistung und kann nicht als Akt der Dienstbeendigung angesehen werden. Indem Ernst K. seinerseits dem Johann K. beim Ablegen der Waffe behilflich war, hat er ihn in einer privaten, nicht in einer dienstlichen Verrichtung unterstützt.

Dagegen sind in diesem Zusammenhang die Behauptungen der Kl. von Bedeutung, wonach die Waffe in einem dienstwidrigen Zustand von besonderer Gefährlichkeit gewesen sein soll. Abgesehen davon, daß ein solcher Zustand der Pistole und der Tasche auf einer Amtspflichtvernachlässigung der für die Ausgabe und Kontrolle der Waffen zuständigen Beamten beruhen und schon deshalb die Haftung des Reichs für den Unfall begründen könnte, würde er dem Johann K. als Träger der Waffe besondere dienstliche Verpflichtungen auferlegt haben, von denen er sich auch nach Beendigung des Dienstes nicht ohne weiteres loslösen konnte. Mit Recht nimmt das BG. in Übereinstimmung mit der Entsch. RGZ. 91, 381 an, daß dieser angesichts einer etwaigen Fehlerhaftigkeit der Waffe alles zu tun hatte, um deren unbeabsichtigtes Wirksamwerden gegen Dritte zu verhüten. Diese Pflicht konnte nicht auf die Zeitdauer beschränkt sein, während deren die Waffe in dienstlichem Gebrauch war. Sie hatte vielmehr den allgemeinen Inhalt, jegliche Gefährdung Dritter durch den mangelhaften Zustand der Waffe auszuschließen, auch während die Waffe außer Dienstgebrauch stand. Diese Pflicht, welche das BG. zutreffend als eine solche allgemeiner Fürsorge bezeichnet, war untrennbar mit der Ausübung der Johann K. anvertrauten öffentlichen Gewalt verknüpft. Ihr wäre genügt worden, wenn dieser bei seiner vorgesetzten Stelle einen Umtausch der Waffe oder des Futterals erwirkt hätte. Solange das aber nicht geschehen war, hätte er selbst Verhütungsmaßnahmen gegen ein unbeabsichtigtes Losgehen der Waffe ergreifen müssen. Dazu würde gehört haben, daß er seinen Bruder vor dem Zureichen der Waffe auf ihre besondere Gefährlichkeit aufmerksam machte oder daß er die Waffe schon vor dem Besteigen der Leiter in einer niemanden gefährdenden Weise abgelegt hätte. Unter diesem Gesichtspunkte dienstwidriger Mängel der Waffe wären also auch während der Gefälligkeitsverrichtung besondere Maßnahmen von Johann K. zu verlangen gewesen, die bei einem normalen Zustand der Waffe nicht erforderlich waren und deren Unterlassung die Haftung des Reichs nach sich ziehen würde.

Das weitere Vorbringen der Kl., wonach Johann K. dienstlich gehalten gewesen sei, die Waffe vor dem Unfall zu entladen, kann nicht ohne weiteres als unerheblich angesehen werden. Zu dieser Frage ist folgendes zu bemerken: Nach der Bestimmung in II Nr. 1 Abs. 2 Satz 2 der Dienstanweisung v. 16. Juli 1921 mußte die Waffe nach Schluß des Dienstes unverzüglich entladen werden. Der Dienst — oder genauer die dienstliche Bereitschaft — des Johann K. war in der in Betracht kommenden Nacht mit seiner Rückkehr auf das Gehöft des Zollamts an sich beendet. Sie war sicherlich beendet, als sich Johann K. nunmehr einer rein privaten Tätigkeit zuwandte, indem er der Nachbarin zum Hereingelangen in ihre Wohnung behilflich war. Auf der anderen Seite freilich sagt § 23 der Dienstanweisung v. 20. Juli 1921: „Jeder Dienst beginnt und endet, soweit nichts anderes bestimmt wird, am Dienstkasten oder, wenn dieser nicht zugänglich ist, an dem Gebäude, in dem er sich befindet." Indessen ist dem BG. darin beizutreten, daß diese Bestimmung nur den regulären Dienst im Auge hat, bei dem Eintragungen über Beginn und Ende des Dienstes in dem beim Dienstkasten aufliegenden Dienstbuche erfolgen. So lassen sich die bestehenden Dienstvorschriften nur dahin deuten, daß Johann K. verpflichtet war, die Pistole nach dem Betreten des Gehöfts nunmehr ohne schuldhaftes Zögern zu entladen. Das ist freilich nicht im strengen Wortsinn zu verstehen, etwa dahin, daß er schon an der Schwelle des Hoftors die Patrone aus dem Lauf zu entfernen hatte. Vielmehr wird auf die örtlichen und zeitlichen Verhältnisse Rücksicht zu nehmen sein. Diese konnten es für Johann K. unter Umständen geraten sein lassen, das Entladen nicht sofort vorzunehmen. Jedoch fehlt es auch in dieser Hinsicht an jeder näheren Aufklärung. Das BG. hat übrigens auch zu der weiteren Frage keine Stellung genommen, ob Johann K. die beiden oben genannten Dienstvorschriften etwa ohne Verschulden verkannt hat. Diese waren der Auslegung bedürftig und es läßt sich nicht ausschließen, daß Johann K. möglicherweise ohne Verschulden annahm, er habe die Pistole in jedem Falle erst am Dienstkasten oder am Dienstgebäude zu entladen.

(RG., III. ZivSen., Urt. v. 20. Juli 1937, III 234/36.) [v. B.]

*

26. RG. — § 839 BGB. Für Ansprüche aus § 839 BGB. ist der Rechtsweg ohne die in § 150 RBG. vorgesehene Beschränkung gegeben. § 150 RBG. verlangt ausdrücklich „Anbringung der Klage" innerhalb der Ausschlußfrist, d. h. Klagerhebung. Armenrechtsgesuch reicht nicht aus.

Bei Klagerhebung war im vorl. Falle die Ausschlußfrist des § 150 RBG. abgelaufen. Das BG. meint, sie sei durch den beim LG. vor Fristablauf eingegangenen Antrag auf Bewilligung des Armenrechts gewahrt. Letzteres ist nicht richtig. § 150 RBG. verlangt ausdrücklich „Anbringung der Klage", was nach dem Sprachgebrauch zur Zeit der Entstehung des Gesetzes nichts anderes ist als die Klagerhebung i. S. der ZPO. (Urt. des RG. v. 24. April 1931, III 204/30: HöchstRRspr. 1931 Nr. 1579). Die Versäumung dieser Klagefrist kann aber hier nicht dazu führen, daß die Klage von vornherein abgewiesen werden müßte. Denn für Ansprüche aus § 839 BGB. verbunden mit Art. 131 WeimVerf. ist der Rechtsweg ohne die in § 150 RBG. vorgesehene Beschränkung gegeben (RGZ. 146, 35, 39 = JW. 1935, 1150 [5] m. Anm.). Der Klageanspruch ist zwar in der Klageschrift lediglich auf § 618 BGB., richtig auf Verletzung der beamtenrechtlichen Fürsorgepflichten, gestützt, und auch im weiteren Verfahren hat der Kl. an dieser Klagebegründung festgehalten. Aber die nach der Meinung des Kl. verletzten Fürsorgepflichten stellen sich im vorl. Fall durchweg zugleich als Amtspflichten i. S. des § 839 BGB. dar (vgl. RGZ. 145, 185 = JW. 1934, 3278 [15] m. Anm.). So spricht denn auch das BU. unbefangen von § 839 BGB. Die Prozeßvoraussetzungen der §§ 149, 150 RBG., die nach RGZ. 146, 373 = JW. 1935, 1619 [4] bei Erhebung einer allein auf Verletzung der allgemeinen Fürsorgepflicht gestützten Klage erfüllt sein müssen, kommen also hier nicht in Frage.

Allerdings gilt das eben nur insoweit, als § 839 BGB. die Klagegrundlage bildet. (Wird weiter ausgeführt.)

(RG., III. ZivSen., U. v. 30. Juli 1937, III 209/36.) [v. B.]

*

27. RG. — §§ 852 Abs. 2, 839 BGB. Der Anspruch aus § 852 Abs. 2 BGB. hat die Rechtsnatur des verjährten Schadensersatzanspruchs.

Der Streitwert in vorliegender Sache beträgt für die RevInst. nur 1100 *RM*, erreicht also die Revisionssumme nicht. Gleichwohl ist die Rev. zulässig. Die Kl. macht einen nicht unmittelbar auf § 839 BGB. gegründeten Schadensersatzanspruch geltend, sondern begnügt sich, da dieser Anspruch verjährt ist, mit Geltendmachung des in § 852 Abs. 2 BGB. geregelten besonderen Bereicherungsanspruchs. Dieser ist aber nicht ein schlichter Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung i. S. der §§ 812 ff. BGB., sondern hat die Rechtsnatur des verjährten Schadensersatzanspruchs, ist wie dieser ein Anspruch i. S. des § 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG. (Urt. des RG. v. 28. März 1933, III 370/32.)

(RG., III. ZivSen., U. v. 6. Aug. 1937, III 18/37.) [v. B.]

*

28. LG. — §§ 862, 858, 906, 823 BGB. Übermäßiger Lärm durch Lautsprecher in einer Mietwohnung gibt den gestörten Mitmietern einen Unterlassungsanspruch.

Die Bekl. wohnt im 2. Stockwerk, der Kl. im 1. Stockwerk des Hauses zur Miete. Der Sohn der Bekl. besitzt einen Rundfunkapparat, der in einem Zimmer aufgestellt ist, welches durch zwei Zwischenräume von der Küche getrennt ist. In der Küche selbst befindet sich ein zweiter Lautsprecher, der mit dem Apparat fest zusammengekoppelt ist, so daß, wenn der Apparat angestellt wird, gleichzeitig zwei Lautsprecher in Tätigkeit gesetzt werden.

Der Kl. hat behauptet, daß die Bekl. den Apparat zeitweilig bis 12 Uhr nachts so laut anstelle, daß es im ganzen Hause zu hören sei und ihm der Aufenthalt in seiner Wohnung unerträglich gemacht werde, und beantragt, die Bekl. kostenpflichtig zu verurteilen, die Erregung ruhestörenden Lärms in dem Hause dadurch, daß sie ihren Rundfunklautsprecher weit über Zimmerlautstärke einstellt, zu unterlassen, bei Vermeidung einer Strafe von 10 RM für jeden Fall der Zuwiderhandlung.

Beide Instanzen haben nach Klageantrag erkannt.

Mit Recht hat der Vorderrichter zunächst angenommen, daß es unerheblich ist, wer Eigentümer des Apparates ist, da die Bekl. als Mieterin der Wohnung dafür zu sorgen hat, daß in ihrer Wohnung kein ruhestörender Lärm verursacht wird. Die vorbeugende Unterlassungsklage auf § 823 BGB. zu stützen, wie es geschehen ist, ist nicht bedenkenfrei, wenn und soweit dem Kl. schon aus anderen Rechtsgründen, insbes. aus Besitzstörung, ein Unterlassungsanspruch zusteht, da dann ein Rechtsschutzbedürfnis nicht anzunehmen ist, dem die Unterlassungsklage aus § 823 BGB. dienen soll. Diese vorbeugende Unterlassungsklage ist aber nach §§ 862, 858, 906 BGB. begründet.

Nach dieser Bestimmung wird ein Besitzer einer Sache gegen widerrechtliche Störungen Dritter geschützt, wobei unter Störungen jede Beeinträchtigung des Besitzers im ruhigen Genusse des Besitzes zu verstehen ist, die nicht nur durch physische Einwirkung auf die Sache bewirkt werden kann, sondern auch durch Einwirkungen seelischer Art. Eine solche Störung liegt, wie der Vorderrichter mit Recht angenommen hat, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme vor.

Einmal steht nach den eigenen Angaben der Bekl. fest, daß der in dem Wohnzimmer aufgestellte Apparat mit einem in der Küche aufgestellten zweiten Lautsprecher durchweg fest verkoppelt ist, so daß beim Einschalten des Apparates gleichzeitig beide Lautsprecher mit gleicher Lautstärke ertönen. Wenn die Angehörigen der Bekl. sich nun in der Wohnstube oder Küche aufhalten, so werden sie selbst nur die Lautstärke eines Lautsprechers wahrnehmen, während auf den unter der Wohnung der Bekl. wohnenden Kl. beide Lautsprecher zusammen einwirken, so daß er die Schallübertragung in doppelter Stärke empfindet.

Auf Grund der Zeugenaussagen hält das Gericht für erwiesen, daß die Bekl. ihren Apparat häufig mit einer unzulässigen, ruhestörenden Lautstärke eingestellt hat und daß der Kl. in seinem ruhigen Genusse der Wohnungsbenutzung gestört ist. Der Rundfunkempfänger mit Lautsprecher ist zwar zu einem Gemeingute moderner Zivilisation geworden und damit überall als ortsüblich anzusehen. Die allgemeine Bedeutung und Wichtigkeit der Übertragung durch Lautsprecher ändert nichts an der Ungebührlichkeit des Radiolärms. Gerade im Dritten Reich hat man von Anfang an bis in die jüngste Zeit auf jede Weise jedem Volksgenossen die Pflicht vor Augen geführt, durch Ruhe und Rücksichtnahme der Volksgemeinschaft zu dienen. Es wird überall hervorgehoben, daß auch der Rundfunkhörer unbedingt auf die übrige Bevölkerung Rücksicht zu nehmen habe und die Nachbarn nicht belästigen dürfe, denn Lärmbekämpfung führt zur Arbeitsfreude und gesteigerter Leistung und fördert dadurch das Wohl des Volksganzen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Bekl. und deren Angehörige den Apparat absichtlich übermäßig laut eingestellt hat. Für den Anspruch aus § 862 BGB. ist ein Verschulden oder das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit auf seiten des Störers nicht erforderlich. Diese Besitzstörung ist nur dann nicht rechtswidrig und kann nicht verboten werden, falls das Gesetz die Störung gestattet. Hierfür ist § 906 BGB. maßgebend. Die dort getroffenen Einschränkungen des Abwehrrechts sind zwar ausdrücklich nur für den Grundstückseigentümer ausgesprochen. Sie gelten jedoch sinngemäß auch für den betr. Fall der Besitzstörung, denn dem Besitzer werden nicht mehr Rechte als dem Eigentümer eingeräumt.

(LG. Lüdenscheid, Urt. v. 22. Juni 1937, 2 S 49/37.)

*

29. KG. — §§ 883, 899, 1182 BGB.; § 941 ZPO. Eine EinstwVfg. und das Ersuchen des Prozeßgerichts an das GBA. auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf eine Ersatzhypothek nach § 1182 BGB. kann und muß vom GBA. in einen Widerspruch zur Sicherung des nach § 1182 BGB. bestehenden Grundbuchberichtigungsanspruchs umgedeutet werden.

Auf dem früher dem Heinrich B. sen. gehörenden Grundstück stand eine Hypothek von 15 000 RM für die Firma D. & Co. GmbH., eingetragen. Eine gleiche Hypothek stand und steht noch auf dem Grundstücke des BeschwF. Heinrich jun. eingetragen. Nachdem die erstere Hypothek infolge einer von der Gläubigerin durchgeführten Zwangsversteigerung erloschen war, machte Heinrich B. sen. geltend, daß er in Höhe von 8750 RM, nämlich desjenigen Betrages, für den die Gläubigerin die Rechte aus dem von ihr abgegebenen Meistgebot an die Stadt Mülheim abgetreten hatte, einen Ersatzanspruch gegen den BeschwF. als den Eigentümer des mit einer gleichen Hypothek belasteten Grundstücks habe und daß infolgedessen die letztere Hypothek, die mit der Hypothek an dem versteigerten Grundstück eine Gesamthypothek gebildet habe, in derselben Höhe auf ihn, Heinrich B. sen., übergegangen sei. Gestützt auf diese Darstellung erwirkte er bei dem AG. gegenüber dem BeschwF. eine EinstwVfg. dahin, daß „eine Vormerkung zur Sicherung seines Anspruches auf die Eintragung einer Ersatzhypothek bis zur Höhe von 8750 RM bei der zugunsten der Firma D. & Co. GmbH. eingetragenen Sicherungshypothek von 15 000 RM vermerkt“ werde. Ein entsprechendes Eintragungsersuchen des AG. wurde von dem GBA. zurückgewiesen, und zwar einmal deshalb, weil bei der von dem AG. angenommenen Sachlage keine Vormerkung, sondern nur ein Widerspruch eingetragen werden könne, und ferner deshalb, weil eine Gesamthypothek nicht bestanden habe. Das LG. gab auf eine Beschw. des Heinrich B. sen. jedoch unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses dem GBA. die Anweisung, bei seiner erneuten Entsch. von den bisherigen Bedenken Abstand zu nehmen. Gegen diesen Beschluß legte Heinrich B. jun. die weitere Beschw. ein. Das KG. hat die weitere Beschw. mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß der angefochtene Beschluß die Eintragung eines Widerspruchs zugunsten des Heinrich B. sen. betrifft, gerichtet dagegen, daß bei der Hypothek der Firma D. & Co., GmbH. von 15 000 RM in Höhe eines letztstelligen Teilbetrages von 8750 RM noch die genannte Firma als Gläubigerin eingetragen ist.

Wollte man die EinstwVfg. und das Ersuchen des AG. wörtlich verstehen, so könnte die entsprechende Grundbucheintragung dahin ausgelegt werden, daß ein Anspruch des Heinrich B. sen. gegen den Heinrich B. jun. auf Bestellung einer neuen Hypothek an der Stelle der teilweise wegfallenden Hypothek der Firma D. & Co. GmbH. oder auf Abtretung einer etwaigen Eigentümergrundschuld durch eine Vormerkung gesichert werden solle. Durch eine solche Vormerkung würde das Recht des Heinrich B. jun. als des Grundstückseigentümers betroffen werden. Damit wäre sein Beschwerderecht gegenüber dem Beschlusse des LG. gegeben. Die EinstwVfg. muß jedoch anders verstanden werden. Aus ihrer Begründung, insbes. aus dem Hinweise auf § 1182 BGB. ergibt sich, daß das AG. mit dem erfolgten Übergange eines Teils der Hypothek der Firma D. & Co. auf den Heinrich B. sen. rechnet, und daß die daraus für den letzteren sich ergebende Rechtslage durch einen vorläufigen Rechtsbehelf im Grundbuche gesichert werden soll. Dieser vorläufige Rechtsbehelf ist aber nicht die Vormerkung, die lediglich zur Sicherung eines Anspruchs auf eine künftige dingliche Rechtsänderung dienen kann (§ 883 BGB.), sondern der zur Sicherung des Grundbuchberichtigungsanspruchs dienende Widerspruch (§ 899 BGB.), im vorl. Falle der Widerspruch dagegen, daß die Hypothek in Höhe von 8750 RM noch zugunsten der Firma D. & Co. im Grundbuche eingetragen steht, während sie bei dem der EinstwVfg. zugrunde gelegten Vortrage des Heinrich B. sen. insoweit kraft Gesetzes (§ 1182 BGB.) auf den letzteren übergegangen ist. Die unrichtige Bezeichnung des den Umständen nach allein in Frage kommenden Rechtsbehelfs in der EinstwVfg. ist unschädlich. Es genügt zur Umdeutung in einen Widerspruch, daß der zu sichernde Anspruch nach der von dem AG. gegebenen Begründung nur ein Grundbuchberichtigungsanspruch sein kann. Auch der jetzt angefochtene Beschluß des LG. ist demgemäß dahin zu verstehen, daß das GBA. nach Maßgabe der gegebenen Begründung über die Eintragung eines Widerspruchs erneut entscheiden soll. Es erscheint angebracht, die Anweisung des LG. in diesem Sinne klarzustellen.

Dann ist aber der Grundstückseigentümer durch die Entsch. des LG. nicht beschwert. Ein Widerspruch richtet sich lediglich gegen eine bestehende Eintragung, so wie sie lautet, und betrifft demgemäß nur denjenigen in seinem Rechte, der nach dieser Eintragung als der Berechtigte erscheint. Das ist hier ausschließlich

die Fa. D. & Co. Die Bedeutung des einzutragenden Widerspruches erschöpft sich darin, daß für Verfügungen, welche die genannte Firma über den von dem Widerspruch betroffenen letztstelligen Teil der Hypothek vornimmt, der öffentliche Glaube des Grundbuchs (§ 892 BGB.) ausgeschaltet wird. Dadurch wird aber das Interesse des Grundstückseigentümers auch in Ansehung seiner etwaigen Eigentümergrundschuld solange rechtlich nicht berührt, als die Hypothek nicht gelöscht oder als Eigentümergrundschuld auf ihn selbst umgeschrieben worden ist. Beides ist übrigens, soweit sie in Wahrheit auf den Heinrich B. sen. übergegangen ist, ohne dessen Zustimmung nicht möglich.

Die weitere Beschw. muß hiernach wegen des Mangels eines Beschwerderechtes des Eigentümers zurückgewiesen werden, ohne daß noch auf die Frage einzugehen ist, ob das Ersuchen des AG. eine ausreichende Grundlage für die Eintragung des Widerspruches bildet.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 23. Sept. 1937, 1 Wx 502/37.)

*

30. KG. — § 1357 BGB. Nach rechtskräftiger Scheidung kann die Ehefrau die Aufhebung der Ausschließung der Schlüsselgewalt nicht mehr verlangen.

Die Eheleute K. haben sich am 9. Okt. 1933 getrennt. Nach der Trennung hat der Ehemann das der Ehefrau gem. § 1357 BGB. zustehende Recht, innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten (Schlüsselgewalt), auf Grund des Abs. 2 a. a. O. ausgeschlossen. Diese Ausschließung ist am 5. Dez. 1933 in das Güterrechtsregister des AG. eingetragen worden. Demnächst ist die Ehe im Jahre 1934 rechtskräftig geschieden worden.

Mit Eingabe v. 28. Nov. 1936 hat die geschiedene Ehefrau K. bei dem AG. beantragt, die Ausschließung der Schlüsselgewalt wieder aufzuheben. Das AG. hat diesen Antrag mit der Begründung zurückgewiesen, daß nach rechtskräftiger Scheidung der Ehe ein Rechtsschutzbedürfnis für die Aufhebung der gegenstandslos gewordenen Maßnahme nicht mehr vorliege. Auf die Beschw. der Frau K. hat das LG. den angefochtenen Beschluß aufgehoben und die Sache zur weiteren Erörterung und erneuten Entsch. an das AG. zurückverwiesen. In der Begründung führt es unter Berufung auf die Entsch. des KG. in OLG. 33, 337 aus, daß die Ehefrau auch noch nach erfolgter Scheidung ein berechtigtes Interesse an der Klärung der Frage habe, ob die gegen sie durch ihren Ehemann verhängte Maßnahme berechtigt gewesen sei oder nicht. Auf die hiergegen von dem geschiedenen Ehemann K. eingelegte weitere Beschw. hat der Senat den landgerichtlichen Beschluß aufgehoben und die Beschw. der Frau K. gegen den Beschluß des AG. zurückgewiesen.

Das AG. geht davon aus, daß nach rechtskräftiger Scheidung der Ehe von einer Schlüsselgewalt der Ehefrau begrifflich keine Rede mehr sein könne, daß deshalb in einem solchen Falle grundsätzlich auch kein Rechtsschutzbedürfnis mehr bestehe, eine tatsächlich gegenstandslos gewordene Maßnahme — wie die Ausschließung der Schlüsselgewalt durch den Ehemann — noch durch eine förmliche gerichtliche Entsch. wieder aufzuheben. Auch der Senat ist dieser Ansicht. Wenn demgegenüber das LG. auf den Beschluß des KG. in OLG. 33, 337 verweist, so trifft diese Entsch. für den vorl. Fall nicht zu. In der dort entschiedenen Sache bestand die Ehe noch; die Ehegatten lebten lediglich getrennt. Für diesen Fall wird allerdings die Möglichkeit, die Schlüsselgewalt auszuschließen sowie über einen Antrag der Frau auf Aufhebung dieser Ausschließung gerichtlich zu entscheiden, in der Rspr. grundsätzlich bejaht. Denn solange die Ehegatten getrennt leben, ruht die Schlüsselgewalt lediglich. Sie lebt aber wieder auf, sobald die Ehegatten die eheliche Gemeinschaft wieder herstellen. Damit muß aber, solange die Ehe noch besteht, jederzeit als möglich gerechnet werden. Es steht deshalb rechtlich nichts im Wege, auch eine ruhende Schlüsselgewalt gem. § 1357 BGB. auszuschließen sowie die Aufhebung dieser Ausschließung durch das VormGer. herbeizuführen (vgl. in diesem Sinne die Entsch. OLG. 30, 37 [BayObLG.]; 30, 39 [KG.]; 33, 337 [KG.] und JFG. 14, 12 u. 224 [OLG. München]).

Anders zu beurteilen ist jedoch der Fall, daß die Ehe aufgelöst, insbes. rechtskräftig geschieden ist. Auch hier hat allerdings das OLG. München (JFG. 15, 174) ein Verfahren mit dem Ziel der Aufhebung der Ausschließung der Schlüsselgewalt für zulässig erachtet. Es hat jedoch seine Entsch. ausdrücklich auf den Fall abgestellt, daß vor Rechtskraft der Scheidung bereits der Antrag auf Aufhebung der Ausschließung gestellt und ein gerichtlicher Beschluß über diesen Antrag ergangen war. Hier hat es die Weiterverfolgung des einmal eingeleiteten Verfahrens im Wege der Beschw. auch nach der inzwischen ausgesprochenen Ehescheidung zugelassen, und zwar aus dem Gesichtspunkt, daß durch die Veröffentlichung einer unberechtigten Ausschließung (§ 1562 Abs. 1 BGB.) die Ehre der Frau gefährdet worden sei. Dagegen hat es über die Frage nicht entschieden, ob nach Rechtskraft des Scheidungsurteils ein auf Aufhebung der Ausschließung gerichtetes Verfahren auch noch n e u eingeleitet werden kann. Diese Frage, um die es sich hier handelt, hat der Senat verneint.

Die Schlüsselgewalt ist eine auf der Ehe als solcher beruhende und nur für die Ehe in Betracht kommende Rechtseinrichtung. Sie kann begrifflich nur solange bestehen, als auch die Ehe rechtswirksam besteht. Sie erlischt einmal durch Ausschließung durch den Ehemann während bestehender Ehe (§ 1357 BGB.). In diesem Fall tritt sie aber wieder in Kraft, wenn die Ausschließung durch das VormGer. aufgehoben wird. Ferner erlischt sie durch Auflösung der Ehe. Alsdann kommt sie endgültig in Wegfall. Eine von dem Ehemann zu Unrecht vorgenommene Ausschließung kann die Ehefrau nur solange beschweren, als sie gilt, also nur solange, als die Ehe besteht. Wenn nun die Ehefrau sich während des Bestehens der Ehe gegen den angeblichen Mißbrauch des Ehemannes nicht zur Wehr gesetzt und demgemäß die Aufhebung nicht betrieben hat, so ist sie nach Auflösung der Ehe nicht dadurch beschwert, daß der Ausschluß, der jetzt gegenstandslos geworden ist, seinerzeit zu Unrecht erfolgt sein mag. Es ist in einem solchen Falle kein Rechtsschutzbedürfnis ersichtlich, welches die Aufhebung der Ausschließung noch nach der Auflösung der Ehe rechtfertigen könnte. Dagegen spricht auch der Wortlaut des § 1357 Abs. 2 BGB.: „S t e l l t sich die Beschränkung oder die Ausschließung als Mißbrauch des Rechts des Mannes d a r ...“ Hier wird also von dem Gesetzgeber ein noch vorhandener Zustand des Mißbrauchs vorausgesetzt. Davon kann aber begrifflich keine Rede sein, wenn die Ehe aufgelöst ist. Insbesondere ist dies nicht der Fall, wenn, wie hier, seit der rechtskräftigen Scheidung mehr als zwei Jahre verflossen sind, ehe die Frau erstmalig mit dem Verlangen auf Aufhebung der Ausschließung der Schlüsselgewalt hervorgetreten ist. Alsdann läßt sich ein Rechtsschutzbedürfnis für die Aufhebung auch nicht mehr aus dem Gesichtspunkt rechtfertigen, daß die Frau durch eine unberechtigte Ausschließung in ihrer Ehre oder in ihrem wirtschaftlichen Fortkommen beeinträchtigt wird.

Hiernach hat das AG. den Antrag der geschiedenen Frau mangels Vorhandenseins eines Rechtsschutzbedürfnisses mit Recht abgelehnt. Demgemäß war der Beschluß des LG. aufzuheben und die Beschw. der Frau gegen die Entsch. des AG. als unbegründet zurückzuweisen. Zu einer Vorlegung der Sache an das RG. zwecks Entsch. gem. § 28 Abs. 2 und 3 RFGG. bestand kein Anlaß, da die Entsch. des OLG. München in JFG. 15, 174, wie oben ausgeführt ist, in tatsächlicher Hinsicht auf anderen Voraussetzungen beruht.

(KG., ZivSen. 1 b, Beschl. v. 24. Sept. 1937, 1 b Wx 164/37.)

*

31. LG. — § 1717 BGB. Die Blutgruppenbestimmung ist ein vollwertiges Beweismittel.

Der Bekl. gibt zu, mit der Kindesmutter in der gesetzlichen Empfängniszeit geschlechtlich verkehrt zu haben. Er gilt daher gem. § 1717 BGB. als Vater des unehelichen Kl. Ihm steht der Gegenbeweis offen.

Die erstinstanzliche uneidliche Beweisaufnahme hat damit geendet, daß ein Mehrverkehr nicht bewiesen ist. Auch der Zeugenbeweis der zweiten Instanz kommt zu keinem anderen Ergebnis. Die Kindesmutter hat für die Empfängniszeit eidlich jeden Mehrverkehr abgeleugnet.

In anderer Beziehung aber hat die Beweisaufnahme ergeben, daß die Kindesmutter eine in nicht geringem Maße der Geschlechtslust ergebene Person ist. Sie hat selber eingeräumt, außerhalb der Empfängniszeit sich auch sonst schon mit anderen Männern geschlechtlich eingelassen zu haben. Die Zeugin P. hat ihr das Zeugnis ausgestellt, daß sie „einen ledigen Freund braucht!“ Das kann nur in dem Sinne verstanden werden, daß sie Männern gegenüber sehr zugänglich ist und Männerverkehr sucht. Bei der Wahl der näheren Umstände des Geschlechtsverkehrs ist die Kindesmutter nicht sehr wählerisch, denn sonst hätte sie nicht in Gegenwart der Zeugen B. und K. mit dem Bekl. verkehrt. Gerade dieser Fall läßt eine gewisse Hemmungslosigkeit ihrer sexuellen Neigungen erkennen. Der Umstand, daß sie die Sylvesternacht in St. Pauli und bis morgens 7 Uhr in dem bekannten Lokal Stadthaustunnel verbracht hat, läßt darauf schließen, daß sie einem leichtfertigen Lebenswandel nicht abgeneigt ist. Sie ist auch in bestimmten Kreisen dafür bekannt, daß sie Männerbekanntschaften sucht. Die Sylvesternacht ist sehr bald Gesprächsstoff geworden. Der Zeuge B., der bei seiner Aussage offenbar sehr zurückhaltend gewesen ist, hat hiervon durch Erzählungen von dritter Seite gehört. Dabei ist auch davon gesprochen worden, daß die Kindesmutter und die

Zeugin K. zwei Männer gehabt haben. Allem Anschein nach hat man auch erzählt, daß sie sich mit diesen Männern geschlechtlich eingelassen habe. Wenn auch die Zeugenaussagen weder solchen Verkehr noch diese Männer ergeben haben, so ist es doch für die Kindesmutter bezeichnend, daß man ihr, wenn sie eine Sylvesternacht bis frühmorgens 7 Uhr in einem Lokal feiert, einen Geschlechtsverkehr zutraut. Daraus folgt, daß sie in ihren Verkehrskreisen als eine dem Geschlechtsverkehr sehr zugeneigte Person bekannt ist.

Dieses Ergebnis des Zeugenbeweises liegt hart an der Grenze der Feststellung, daß die Kindesmutter eine der Geschlechtslust in so hohem Grade ergebene Frauensperson ist, daß mit Sicherheit angenommen werden kann, sie habe mit mehreren Männern in der gesetzlichen Empfängniszeit geschlechtlichen Umgang gehabt. Ganz reicht das Beweisergebnis für eine solche Feststellung nicht aus. Es kann nur soviel gesagt werden, daß trotz des Eides der Kindesmutter ein sehr starker Verdacht in dieser Richtung besteht. Ihre eidliche Aussage hat daher nicht die Vermutung absoluter Richtigkeit für sich. Ihre Angaben sind vielmehr äußerst vorsichtig zu bewerten und können durch anderweitige Beweismittel leicht erschüttert werden.

Dr. Lauer kommt in seinem ersten Gutachten v. 19. Juni 1937 zu dem Ergebnis, daß nach dem A/B/O-System kein Mann, also auch nicht der Bekl., als Erzeuger des Kl. ausgeschlossen werden kann. Dagegen kann der Bekl. nach dem M/N-System offenbar unmöglich der Erzeuger des Kl. sein. Hiergegen hat der Kl. eine ganze Reihe von Bedenken entgegengebracht und Anträge auf Einholung weiterer Gutachten gestellt. Dazu ist folgendes auszuführen:

Der Streit um die Zuverlässigkeit der Blutprobe als absolutes Beweismittel ist ebenso alt wie die Anwendung derselben als solches. Das KG. hat sich lange Jahre gegen den Blutprobenbeweis ausgesprochen (JW. 1927, 2862 und JW. 1929, 467). Erst vom Jahre 1930 an hat dieser Beweis in der Rspr. Anerkennung gefunden (JW. 1930, 1605). Die medizinische Wissenschaft hat sich schon seit etwa 1900 mit dem A/B/O-System und seit etwa 1920 mit der M/N-Methode befaßt (Schulz: JW. 1935, 2116). Es lagen also bei der Anerkennung des Blutprobenbeweises durch die Rspr. eine große Zahl medizinischer Ergebnisse vor. Wie damals so wird auch heute noch die Zuverlässigkeit dieses Beweises, wenn auch nur vereinzelt, aber doch von bedeutenden Medizinern in Frage gestellt. Aber schon Merkel hat 1935 (JW. 1935, 2120) ausgeführt, daß „die Nachweismethoden für die Blutgruppenfeststellung in den letzten Jahren durch Kontrollen derartig gesichert sind, daß das Vertrauen der Richter zu dieser Untersuchung vollauf berechtigt ist“.

Unstreitig gibt es aber in der medizinischen Praxis auch heute noch einige Fehlschlüsse (Webler: JW. 1935, 2474). Diese werden nie vollständig ausgeschlossen werden können, denn wie allen Disziplinen so sind auch der medizinischen Wissenschaft als menschlicher Erkenntniswissenschaft an der Unzulänglichkeit menschlichen Verstandes Grenzen gesetzt. Webler untersucht in dem erwähnten Aufsatz mehrere Möglichkeiten von Fehlbestimmungsquellen und beruft sich zum Schutze gegen solche auf Dr. Lauer. Da aber im vorl. Fall gerade Dr. Lauer der Gutachter ist, sind die Ausführungen Weblers nicht geeignet, das Vertrauen des Gerichts in die Zuverlässigkeit des Blutprobenbeweises zu erschüttern. Eine Personenunterschiebung ist durch die von Dr. Lauer gemachten Lichtbilder verhindert. Die Identität der drei in Frage kommenden Personen (Kl., Bekl., Kindesmutter) ist nicht in Frage gestellt worden. Auch ist das Zusammenfallen der gesetzlichen und biologischen Empfängniszeit nicht bezweifelt worden. Von unzureichenden Hilfsmitteln kann nicht die Rede sein. Die von Dr. Lauer benutzten Seren sind von ihm selber hergestellt worden. Dr. Lauer gehört anerkanntermaßen zu den Ärzten, die, wie es im RdErl. des R.- u. PrMdJ. und RJM. v. 26. Mai 1937 (DJ. 1937, 1134) gefordert wird, auf dem Gebiet der serologischen Untersuchungsmethoden und im besonderen in der Ausführung der Blutgruppenbestimmung die entsprechende Vorbildung und ausreichende Erfahrung besitzen. Dr. Lauer stellt die Testseren selber her und hat sie nach seinem Gutachten v. 19. Juni 1937 in Übereinstimmung mit dem erwähnten Runderlaß durch Immunisierung von Kaninchen mit passendem Menschenblut angefertigt.

Webler erörtert als letzte Möglichkeit einer Fehlbestimmung einen Fall, der weiter unten noch näher zu behandeln sein wird. Er kommt auf Grund dieses Falles zu dem Ergebnis, daß das Blutprobenverfahren als einziges Beweismittel im Vaterschaftsprozeß eine starke Einbuße erlitten hat. „Auch wenn die Ausnahmen sehr selten sind, muß das Vertrauen auf die Unfehlbarkeit des Blutprobebeweises durch sie bei den Richtern und bei der Bevölkerung erschüttert werden.“ Daß das aber nicht der Fall ist, zeigen richterliche und medizinische Stimmen. Hellwig führt DJ. 1936, 1259 aus, daß etwa vorgekommene Fehlbestimmungen niemals grundsätzliche Bedenken gegen die Verwertung der Blutprobenuntersuchung ergeben können. Der menschlichen Erkenntnis sind aber Grenzen gesetzt, so daß letzten Endes niemals gesagt werden kann, ob eine bestimmte Tatsache bewiesen ist oder nicht. DJ. 1936, 1264 wird in einem weiteren Aufsatz ausgeführt, daß anerkannte Mediziner „übereinstimmend und überzeugend dargetan haben, daß nach dem heutigen Stande der medizinischen Wissenschaft die Untersuchung nach den Blutfaktoren M und N ganz einwandfrei zu eindeutigen Ergebnissen führt“. Die Vaterschaft kann nach der M/N-Faktorenuntersuchung auch dann als offenbar unmöglich bezeichnet werden, wenn die A/B/O-Blutgruppenuntersuchung zu einem anderen Ergebnis geführt hat. Das trifft gerade auf den vorl. Fall zu. Die gleiche Auffassung vertritt auch Dr. Nippe: DJ. 1936, 74.

Diese medizinischen Erkenntnisse hat sich auch die Rspr. zu eigen gemacht. Das RG. hat zur M/N-Methode ausgeführt, daß „kein Erfahrungssatz des Inhalts besteht, daß die Ergebnisse der Blutuntersuchung in bezug auf die aus ihnen und aus der Vererbungslehre zu ziehenden Folgerungen unzuverlässig wären, wenn die Untersuchungen mit der erforderlichen peinlichen Sorgfalt und Genauigkeit vorgenommen worden sind“ (JW. 1936, 259). Daß die letztere Voraussetzung in diesem Fall gegeben ist, kann keinem Zweifel unterliegen. Es ist vom Kl. weder die Autorität des Gutachters Dr. Lauer noch seine Untersuchungsmethode in Frage gestellt worden, noch eine Verwechslung möglich. Gerade in seinem zweiten Gutachten v. 10. Aug. 1937 hat Dr. Lauer begründet ausgeführt, daß eine Verwechslung ausgeschlossen ist.

Das LG. Leipzig hat ein Gutachten des sächsischen Landesgesundheitsamts eingeholt (JW. 1935, 3498), in dem dieses von seiner früheren zurückhaltenden Stellung abgeht und zuläßt, auch nach der M/N-Methode die Vaterschaft als offenbar unmöglich auszuschließen. Das LG. Leipzig führt mit dem ihm vorl. Gutachten aus, daß „die Selbständigkeit der Faktorenuntersuchung und die Verwertbarkeit ihrer Ergebnisse in Vaterschaftsprozessen durch zahlreiche wissenschaftliche Arbeiten und Versuche dargetan ist. Die Unzweifelhaftigkeit der Folgerungen aus der Faktorenuntersuchung ist durch einwandfreies Material aus den verschiedensten Kulturländern, insbes. des Deutschen Reiches, erhärtet“. Das fragliche Gutachten ist nicht nur ein zulässiges Beweismittel, „sondern auch ein solches, das den höchsten Anforderungen an Beweiskraft Genüge tut“.

Da alle diese Erkenntnisse vereinzelt immer wieder angefochten worden sind, hat der RJM. ein Gutachten des Reichsgesundheitsamts veranlaßt (DJ. 1936, 1221). Dieses Gutachten schließt damit, daß sowohl die A/B/O- als auch die M/N-Methode auf Grund der wissenschaftlichen Feststellungen ausreichende Sicherheiten besitzen, um die Forderung des „offenbar unmöglich“ i. S. der §§ 1591 und 1717 BGB. zu erfüllen.

Alle diese medizinischen und juristischen Erkenntnisse sind so gut begründet und so überzeugend, daß die Ausführungen in dem von dem Kl. vorgelegten Rundbrief des Deutschen Jugendarchivs nicht geeignet sind, die angeführten Erkenntnisse zu erschüttern und das Gericht von seiner bisherigen bejahenden Stellungnahme zur Zuverlässigkeit des Blutprobenbeweises abzubringen. Es soll aber im einzelnen dazu Stellung genommen werden:

1. Beschluß des LG. Dessau v. 25. Nov. 1935. Dieser Beschluß stützt sich lediglich auf die erwähnten Ausführungen von Webler. Er ist durch die erst später bekanntgewordene Entsch. des RG. (JW. 1936, 259) und das Gutachten des Reichsgesundheitsamts (DJ. 1936, 1221) überholt.

2. Urteil des SchwG. Freiberg (Sa.) v. 24. Nov. 1936. In diesem Fall wurde die Vaterschaft auf Grund der M/N-Methode vom Gutachter als offenbar unmöglich ausgeschlossen. Das SchwG. hat die unter der Anklage des Meineides stehende Kindesmutter trotzdem deswegen freigesprochen, weil das Gericht in dem Streit um die Zuverlässigkeit des Blutprobenbeweises sich nicht nach der einen oder anderen Seite entscheiden konnte. Eine eigene Stellungnahme des Gerichts ist nicht ausgesprochen worden.

3. Der Rundbrief berichtet weiter vier Fälle von Fehlbestimmungen. In zwei Fällen ist die erste Untersuchung offenbar mit einfachsten Mitteln bzw. nicht sorgfältig genug vorgenommen worden (Stuttgart und Bielefeld). Diese Fälle können bei der Entsch. des vorl. Rechtsstreits unerörtert bleiben. In den beiden anderen Fällen (Berlin-Lichtenberg und Elbing) liegen jeweils zwei verschiedene Untersuchungsergebnisse vor, ohne daß eine Aufklärung möglich gewesen ist. Im Falle Berlin-Lichtenberg wird eine Personen- oder Blutverwechslung vermutet. Im Falle Elbing hat derselbe Gutachter die beiden verschieden ausgelaufenen Untersuchungen vorgenommen. Das Gutachten Dr. Nippe führt dazu aus, daß „Fehlbestimmungen“ jedem kompetenten Gutachter gelegentlich passieren können. Es handelt sich dabei um außerordentlich selten

beobachtete Abweichungen von der Erbregel, die als erbliche Mißbildungen aufzufassen sind. Diese sind so selten, daß sie im Verhältnis zu dem, was die Methode sonst leistet, vernachlässigt werden können. Alle diese vier Fälle zusammen können also die bisherigen medizinischen Ergebnisse nicht erschüttern.

4. Friedenreich hat bei einer Untersuchung festgestellt, daß eine Bluteigenschaft bei einer Mutter so schwach vertreten war, daß er sie erst bei einer zweiten Untersuchung mit den stärksten Seren gefunden hat. Daraus folgert er die Möglichkeit von Fehlbestimmungen bei der M/N-Methode. Er stützt sich dabei zugleich auf einen von Crome entdeckten Fall. Crome hat aber gerade zu seinem Fall ausgeführt (JW. 1935, 2475), „daß der praktische Wert und die Bedeutung der Blutgruppeneigenschaften M und N in Rücksicht auf Vaterschaftsprozesse durch eine einmalige abweichende Beobachtung nicht erheblich gemindert werden kann". Eine ähnliche Ansicht vertritt auch Lauer (vgl. JW. 1935, 2475). Auch durch Friedenreich kann daher die Zuverlässigkeit des Blutprobenbeweises nicht in Frage gestellt werden. Im übrigen ist Friedenreichs Ansicht durch das Gutachten des Reichsgesundheitsamts als überholt anzusehen. Der obersten deutschen medizinischen Behörde dürfte vor der Ansicht eines dänischen Arztes der Vorzug zu geben sein.

5. Beschluß des OLG. Stuttgart v. 14. Juli 1936. Dieser Beschluß ist durch das erwähnte Gutachten des Reichsgesundheitsamts als überholt anzusehen.

Der Kl. muß selber zugeben, daß die bisher festgestellten Fehlbestimmungen lediglich die Abstammung von Mutter und Kind betreffen. Er vermutet, daß auch solche von Vater und Kind vorgekommen, aber als solche nicht erkannt worden sind. Worauf diese Vermutung gestützt wird, ist nicht ersichtlich. Durch die Stimmen, die sich immer wieder gegen die Zuverlässigkeit des Blutprobenbeweises aussprechen, sind alle in Frage kommenden Stellen auf die Möglichkeit von Fehlbestimmungen hingewiesen. Wenn daher Fehlbestimmungen Vater/Kind vorhanden gewesen wären, wären sie als solche erkannt und bekannt geworden. Gerade weil das nicht der Fall ist, ist zu vermuten, daß Fehlbestimmungen Vater/Kind bisher auch nicht vorgekommen sind. Vereinzelt festgestellte Fehlbestimmungen rechtfertigen es nicht, die Zuverlässigkeit einer in jahrzehntelanger Forschung von anerkannten Medizinern in Tausenden von Fällen erprobten Methode ernstlich in Frage zu stellen.

Der Kl. weist ferner auf Ausführungen von Dr. Mayser v. 23. April 1936 hin. Diese sind durch das Gutachten des Reichsgesundheitsamts überholt. Im übrigen — und das ergibt sich aus diesem Gutachten — hat gerade Dr. Mayser gelegentlich darauf hingewiesen, daß die abweichenden Fälle der Blutgruppenstatistik einem alten und unzuverlässigen Rohmaterial entstammen. Es ist nicht ersichtlich, daß Dr. Mayser, bevor er die jetzt von ihm vertretene Ansicht geäußert hat, sich davon überzeugt hat, daß bei Friedenreich die früher von ihm (Dr. Mayser) erkannte Fehlerquelle ausgeschlossen ist.

Zu der vom Kl. vorgetragenen Ansicht von Dr. Nippe ist zu sagen, daß dieser an gleicher Stelle ausgeführt hat, daß man mit den Serumbestimmungen nicht warten könne, bis das Kind ein Jahr alt sei, da sich sonst die Unterhaltsprozesse zu lange verschleppen würden. Im übrigen ist es gerade Dr. Nippe gewesen, der sich für die Tauglichkeit und Zuverlässigkeit der Blutfaktorenuntersuchung eingesetzt hat (DJ. 1936, 74).

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, daß eine Stellungnahme des Reichsgesundheitsamtes nicht mehr erforderlich ist, weil diese, zeitlich nach Kenntnis der Friedenreichschen Untersuchungen, bereits vorliegt.

Ein Gutachten von Dr. Mayser erübrigt sich, weil seine Auffassung durch das Gutachten des Reichsgesundheitsamts als überholt anzusehen ist.

Das Gericht hat auch davon abgesehen, eine Nachuntersuchung von Dr. Lauer vornehmen zu lassen. Einer solchen bedurfte es aus folgenden Gründen nicht: Dr. Lauer ist eine anerkannte Autorität auf dem Gebiete der Blutprobenuntersuchung. Sein Verfahren ist einwandfrei und entspricht den Vorschriften des ministeriellen Runderlasses. Eine Verwechslung ist ausgeschlossen. Daß Ausnahmen von der Regel und daher Fehlbestimmungen vorgekommen sind, ist unstreitig. Dann aber handelt es sich um defekte Merkmale. Bei Friedenreich handelt es sich noch nicht einmal um einen isolierten Fall einer defekten Rezeptorenentwicklung, sondern um das familiäre Auftreten eines enorm schwachen N-Rezeptors. Anhaltspunkte, daß ein solcher familiärer Defekt hier vorliegen könnte, sind nicht ersichtlich.

Das Gericht ist auf Grund der erwähnten maßgeblichen medizinischen Gutachten trotz vereinzelter Ausnahmefälle, zu denen generell und speziell Stellung genommen ist, der Auffassung, daß die Lehre von der Konstanz und Erbübertragung der Blutfaktoren als so fest begründet anzusehen ist, daß auf Grund des Ergebnisses der M/N-Untersuchung eine Vaterschaft den Umständen nach auch dann offenbar unmöglich ist, wenn die Blutgruppenuntersuchung A/B/O versagt.

Nach Dr. Lauer kann der Bekl. offenbar unmöglich der Erzeuger des Kindes sein. Dieses Gutachten gewinnt dadurch noch mehr an Richtigkeit, wenn man bedenkt, daß die Kindesmutter, wie bereits oben näher dargelegt worden ist, in nicht geringem Maße der Geschlechtslust ergeben ist und auch aus diesem Grunde die Möglichkeit des Mehrverkehrs in der gesetzlichen Empfängniszeit in hohem Grade wahrscheinlich ist. Der Bekl. hat also den ihm nach § 1717 Satz 2 BGB. obliegenden Beweis in vollem Umfange erbracht. Die Klage war daher unter Aufhebung des amtsgerichtlichen Urteils abzuweisen.

(LG. Hamburg, Urt. v. 15. Sept. 1937, 11 S 137/36.)

*

32. LG. — § 1717 BGB.; §§ 256, 640 ff. ZPO. Die Feststellung der blutsmäßigen Abstammung eines unehelichen Kindes kann nicht Gegenstand eines Prozesses sein; die „Zahlvaterschaft" kann festgestellt werden.

Die Feststellung der blutsmäßigen Abstammung eines unehelichen Kindes kann nicht Gegenstand eines Prozesses sein. Die blutsmäßige Abstammung ist kein Rechtsverhältnis, sondern eine biologische Tatsache. Nur ein Rechtsverhältnis kann aber grundsätzlich Gegenstand einer Feststellungsklage sein (§ 256 ZPO.). Die blutsmäßige Abstammung kann ein Rechtsverhältnis begründen, sie braucht es aber nicht. Nach dem BGB. ist es möglich, daß das uneheliche Kind zu seinem blutsmäßigen Vater überhaupt keine rechtlichen Beziehungen hat, z. B. weil ein anderer als der wirkliche Vater die „Zahlvaterschaft" anerkannt hat. Wollte man die blutsmäßige Abstammung als solche als ein Rechtsverhältnis ansehen, dann käme man in einem derartigen Falle zur Annahme einer doppelten Vaterschaft. Einen derartigen Zustand will das BGB. gerade vermieden wissen, wie die von ihm aufgestellten Vaterschaftsvermutungen der §§ 1591, 1717 BGB. eindeutig zeigen.

Die hier vertretene Auffassung von der Bedeutung der blutsmäßigen Abstammung ist auch im Schrifttum anerkannt (vgl. Fischer: JW. 1936, 237; Roquette: DR. 1936, 486). Ist die blutsmäßige Abstammung aber kein Rechtsverhältnis, dann kann sie nicht Gegenstand einer Feststellungsklage sein.

Die Feststellung einer blutsmäßigen Abstammung ist weiterhin deshalb unzulässig, weil die Verfahrensregeln der ZPO. in keiner Weise den Anforderungen genügen, die an ein derartiges Feststellungsverfahren zu stellen wären. Die Frage der blutsmäßigen Abstammung ist keine den Einzelnen interessierende Privatangelegenheit mehr, sondern liegt im Interesse des gesamten Volkes. In den Nürnberger Gesetzen v. 15. Sept. 1935 ist das Gesetz des Blutes als ein Grundgesetz des Deutschen Volkes anerkannt. Dieser außerordentlich hohen Bedeutung der Frage der blutsmäßigen Abstammung kann aber nur ein Feststellungsverfahren genügen, das eine dieser Bedeutung entsprechende Gewähr für die Richtigkeit der getroffenen Feststellung bietet. Es müßte von Richtern mit besonderen Fachkenntnissen auf dem Gebiete der Biologie durchgeführt werden und völlig der Parteiherrschaft entzogen sein. Ein solches Verfahren ist aber der ZPO. nicht bekannt. Für die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft sind gem. § 644 ZPO. nicht einmal die Einschränkungen der Parteiherrschaft vorgesehen, welche im übrigen gem. §§ 640—643 ZPO. für Rechtsstreitigkeiten vorgesehen sind, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande haben. Selbst wenn man die §§ 640 bis 643 ZPO. auf die Feststellung der unehelichen Vaterschaft entsprechend anwenden würde, was im Schrifttum befürwortet worden ist (vgl. Scheurl: JW. 1936, 235), wäre dies immer noch keine genügende Gewähr für eine sachgemäße Feststellung der blutsmäßigen Abstammung. Die Verfahren der ZPO. können sonach bei der Bedeutung, der der blutsmäßigen Abstammung im nationalsozialistischen Staate zukommt, nicht als genügend angesehen werden, um eine diesbezügliche Feststellungsklage zuzulassen. Dies ist auch die im Schrifttum h. M. (vgl. Fischer: JW. 1936, 237; Roquette: DR. 1936, 486; OLG. München: JW. 1937, 965).

Endlich hätte auch die Feststellung der blutsmäßigen Abstammung auch nicht Gegenstand eines amtsgerichtlichen Prozesses sein können. Denn es handelt sich bei dieser Feststellung nicht um einen Anspruch aus einem außerehelichen Beischlaf gem. § 23 Ziff. 2 g GVG. Ansprüche im Sinne dieser Vorschrift sind nur solche, die durch die Vaterschaftsvermutung des § 1717 BGB. begründet sind. Die Frage der blutsmäßigen Abstammung aber wird durch diese Vorschrift nicht im geringsten berührt. Es käme also allenfalls eine Feststellungsklage vor dem LG. in Frage, das für nicht vermögensrechtliche Rechtsstreitigkeiten grundsätzlich allein ausschließlich sach-

lich zuständig ist (vgl. hierzu LG. Bonn 3 S 68/37). Eine derartige landgerichtliche Feststellungsklage hat das OLG. in Köln zugelassen, indem es sich auf den vom erkennenden Gericht nicht gebilligten Standpunkt stellt, daß die blutsmäßige Abstammung ein Rechtsverhältnis i. S. des § 256 ZPO. sei (JW. 1936, 3570).

Die Abweisung des Feststellungsantrages in der in erster Instanz geltend gemachten Fassung ist sonach zu Recht erfolgt, und die Berufung des Kl. konnte insoweit keinen Erfolg haben.

Soweit der Kl. hingegen hilfsweise beantragt festzustellen, daß der Bekl. als Vater des Kl. i. S. von § 1717 BGB. gilt, war der Klage stattzugeben.

Aus der Fassung des § 644 ZPO. ergibt sich, daß die rechtlichen — nicht die blutsmäßigen — Beziehungen zwischen dem unehelichen Kinde und dem Vater ein Rechtsverhältnis sind. Dieses Rechtsverhältnis kann Gegenstand einer Feststellungsklage sein. § 644 ZPO. spricht ausdrücklich von einem Rechtsstreit, der die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft zum Gegenstande hat. Es handelt sich hierbei um eine der Parteiherrschaft überlassene Feststellungsklage. Die §§ 640 bis 643, die für die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern in einem gewissen Umfange ein Offizialverfahren einführen, finden auf diese Feststellungsklage nach § 640 ZPO. keine Anwendung.

Gegenstand dieser Feststellung ist die Abstammung im Rechtssinne. In erster Linie kommt ihr nur vermögensrechtliche Bedeutung zu. Es handelt sich bei ihr um einen Anspruch aus einem außerehelichen Beischlaf i. S. von § 23 Ziff. 2 g GVG., so daß gemäß dieser Vorschrift das AG. zuständig ist. Mit dieser Klage wird festgestellt, daß der Bekl. als Vater des Kl. gilt. Die Vermutung des § 1717 BGB. mit ihren vermögensrechtlichen Folgen wird durch die Klage zur rechtskräftigen Feststellung erhoben.

Von dem erkennenden Gericht wird nicht verkannt, daß auch die Feststellung einer derartigen „Zahlvaterschaft" mit dem heutigen Rechtsempfinden nicht voll im Einklang steht. Das gesunde Rechtsempfinden lehnt es ab, jemanden als Vater gelten zu lassen, ohne daß er es auch tatsächlich ist. Trotz dieser Bedenken ist es aber nicht Sache des Richters, von der noch geltenden gesetzlichen Regelung abzuweichen. Er muß die Neuregelung durch den Gesetzgeber abwarten. Dies gilt um so mehr für den vorl. Fall, als nach dem Sieg der nationalen Revolution die ZPO. wiederholt geändert und in neuer Fassung bekanntgemacht worden ist, ohne daß § 644 ZPO., der ausdrücklich von einem Rechtsstreit über die uneheliche Vaterschaft spricht, aufgehoben oder geändert worden ist. Auch Rspr. und Schrifttum haben sich in diesem Sinne für die weitere Zulassung einer Feststellungsklage der unehelichen Vaterschaft in dem angegebenen Umfange ausgesprochen (vgl. OLG. München: JW. 1937, 964; KG.: JW. 1936, 1020; Baumbach § 644 ZPO.).

Der Kl. hat auch ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Zahlvaterschaft des Bekl.; die Leistungsklage allein reicht nicht aus, um seine gesamten vermögensrechtlichen Ansprüche auch für die Zukunft sicherzustellen. Hierzu sei insbes. auf die den gewöhnlichen Unterhalt übersteigenden weitergehenden Unterhaltsansprüche des § 1717 Abs. 2 BGB. verwiesen, die infolge körperlicher oder geistiger Gebrechen des Kindes auch noch über das sechzehnte Lebensjahr hinaus begründet sein können. Gewährt man dem Kinde die Feststellungsklage nicht, dann ist es nach Jahren erneut gezwungen, gegen den Vater klageweise vorzugehen. Mit Rücksicht auf die alsdann verflossene Zeit wird es ihm schwer fallen, dann nochmals die erforderlichen Beweise zu erbringen.

Das Feststellungsurteil hat schließlich heute für das Kind auch noch insofern einen Wert, als es eine gewisse Bedeutung für den Nachweis der arischen Abstammung hat. Wenn es diesen Nachweis der dargelegten Mängel des Feststellungsverfahrens wegen auch selbst nicht erbringen kann, so schafft es doch eine gewisse Grundlage für die Führung des Nachweises der arischen Abstammung. Auch insofern besteht also ein Feststellungsinteresse des Kindes (vgl. hierzu KG.: JW. 1936, 1020).

Der vom Kl. in der BerJnst. gestellte Hilfsantrag war auch noch zulässig. Denn er enthält lediglich eine Einschränkung des in erster Instanz gestellten Feststellungsantrages. Er war somit bereits früher in dem Hauptantrag mitenthalten und es wäre Sache des Vorderrichters gewesen, den Kl. gem. § 139 ZPO. darauf hinzuweisen, daß nur insoweit sein Anspruch Aussicht auf Erfolg haben konnte.

Da nach den früheren Feststellungen die Vaterschaft des Bekl. als erwiesen i. S. des § 1717 BGB. anzusehen ist, war dem Feststellungsantrag in der hilfsweise geltend gemachten Fassung stattzugeben.

Der Streitwert des Hilfsantrages ist (vgl. auch KG.: JW. 1936, 1020) auf 1000 RM festzusetzen.

(LG. Bonn, Urt. v. 16. Sept. 1937, 3 S 50/37.)

Landwirtschaftliche Entschuldung

33. OLG. — Art. 2 VO. v. 27. Dez. 1933; § 180 ZwVerstG. Die Zwangsversteigerung zwecks Aufhebung einer Gemeinschaft ist nicht zulässig, wenn über das Vermögen der Gemeinschafter das Entschuldungsverfahren angeordnet ist und die zu versteigernden Grundstücke zum Betriebsvermögen gehören. †).

Nach Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 VO. über den Vollstreckungsschutz im landwirtschaftlichen Entschuldungsverfahren v. 27. Dez. 1933 (RGBl. I, 1119) ist mit der Eröffnung des Entschuldungsverfahrens eine Zwangsversteigerung über ein dem Betriebsinhaber gehöriges landwirtschaftliches, forstwirtschaftliches oder gärtnerisches Grundstück für die Dauer des Verfahrens kraft Gesetzes einstweilen eingestellt. Daraus ergibt sich, daß vom Eintritt dieses Vollstreckungsschutzes an eine neue Zwangsversteigerung nicht angeordnet werden darf (folgen Ausführungen). Dies gilt auch für Zwangsversteigerungen, die von einem Miteigentümer zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft betrieben werden. Denn zunächst umfaßt schon der Wortlaut der genannten Bestimmung jede Art von Zwangsversteigerung, also auch diejenige zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft. Weiter dient aber dieser Vollstreckungsschutz nicht ausschließlich den Interessen des Schuldners, und deshalb kann nicht angenommen werden, daß der Vollstreckungsschutz wegfällt, wenn ein Mitinhaber des Betriebs selbst die Zwangsversteigerung betreibt. Vielmehr bezweckt die durch die VO. v. 27. Dez. 1933 getroffene Regelung auch eine Sicherung der am Verfahren beteiligten Gläubiger. Deren Interessen widersprechen aber der Zulassung einer Zwangsversteigerung auch im Falle, daß das Eigentum am Grundstück einer Gemeinschaft zusteht. Denn es besteht die Möglichkeit, daß ein Betriebsfremder, der nicht Teilhaber der Gemeinschaft war, die Grundstücke ansteigert. Während die dinglich gesicherten Gläubiger davon nicht berührt werden, werden die übrigen Gläubiger in einem solchen Fall stark betroffen. Denn sie konnten bisher wegen des Entschuldungsverfahrens keine Zwangsmaßnahmen zur Beitreibung oder Sicherung ihrer Forderung ergreifen, sondern mußten warten, bis sie im Rahmen des Entschuldungsplanes im Laufe der Jahre befriedigt werden. Sie gehen aber u. U. leer aus, wenn der Versteigerungserlös nicht zu ihrer Befriedigung ausreicht; denn das Entschuldungsverfahren ist wegen Wechsels in der Person des Betriebsinhabers aufzuheben (vgl. Harmening-Pätzold, „Landwirtschaftliche Schuldenregelung", 2. Aufl., 1936, S. 263), und den Erwerber trifft ihnen gegenüber keine Haftung. Wenn man aber von den Gläubigern im Interesse der Aufrechterhaltung des Betriebs verlangt, daß sie nichts gegen den Betriebsinhaber unternehmen und sich — soweit nicht Barablösung in Frage kommt — jahrelang gedulden, so darf man auf der anderen Seite ihre Lage nicht durch Zulassung einer Zwangsversteigerung gefährden. Dies gilt besonders im vorl. Falle, in dem es sich bei den in Frage kommenden Grundstücken um den gesamten Betrieb handelt. Es würde aber auch dem Zweck des Entschuldungsverfahrens zuwiderlaufen, wenn man die Versteigerung von Betriebsgrundstücken zuließe. Sie sollen als die Grundlage des Betriebs — abgesehen von dem besonderen Fall der Entschuldung durch Landabgabe — erhalten bleiben, und nur ihre Erträgnisse sollen benutzt werden, um die Verschuldung des Inhabers auf ein tragbares Maß zurückzuführen. Dies ist aber in dem Augenblick nicht mehr möglich, in dem eine Zwangsversteigerung stattfindet. Eine solche ist daher auch dann unzulässig, wenn sie von einem der Betriebsinhaber zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft beantragt wird.

Aber auch aus den Bestimmungen der Art. 4 und 5 der genannten VO. ist zu folgern, daß eine zwangsweise Veräußerung von Grund und Boden während des Entschuldungsverfahrens grundsätzlich nicht zulässig ist. Während nach diesen Bestimmungen andere Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in Ausnahmefällen durchgeführt werden können, sind Zwangsversteigerungen von Grundstücken immer ausgeschlossen. Daraus ergibt sich die Absicht des Gesetzgebers, die Grundstücke als Träger des Entschuldungsverfahrens zu erhalten.

Gegen die hier vertretene Ansicht läßt sich auch nicht anführen, daß die Eröffnung des Entschuldungsverfahrens gem. § 8 SchuldRegIG. nur eine Belastungsbeschränkung, keine Verfügungsbeschränkung des Eigentümers zur Folge hat, daß dieser also grundsätzlich das Grundstück freiwillig veräußern kann. Denn die Entschuldungsstelle hat die Möglichkeit, bei unzweckmäßigen Verkäufen anzuordnen, daß der Betriebsinhaber davon absieht. Kommt er dieser Anordnung nicht nach, so kann die Entschuldungsstelle die Einstellung des Verfahrens beantragen (Richtlinie Nr. 20 vom 20. Juli 1934). Auch hier können also im Interesse der Durchführung des Verfahrens Verkäufe von Grundstücken verhindert werden, wenn sie eine Gefährdung desselben herbeiführen könnten, wenn z. B. der Restbetrieb nicht mehr wirtschaftlich genug wäre,

können aber schon freiwillige Verkäufe, bei denen eher ein angemessener Erlös erzielt wird, verhindert werden, so muß dies noch mehr für eine Zwangsversteigerung gelten, deren wirtschaftliches Ergebnis immer zweifelhaft ist und die die Rechte des Gläubigers erheblich gefährdet.

Der Beschluß des LG., der die Schutzvorschriften der VO. v. 27. Dez. 1933 für ausschließlich im Interesse des Schuldners erlassen ansieht und zur Weiterführung des Verfahrens nach dem Tode von zwei Mitinhabern die Zwangsversteigerung für zulässig erklärt hat, wird dem Zweck des Gesetzes nicht gerecht. Es ist vielmehr Aufgabe des Entschuldungsamtes, nach Art. 13 der 7. DurchfVO. z. SchuldReglG. v. 30. April 1935 eine Weiterführung des Verfahrens durch die Rechtsnachfolger einzuleiten. Der Umstand, daß die technische Durchführung des Verfahrens hier dadurch erschwert ist, daß die verschiedenen Grundstücke nicht den gleichen Miteigentümern gehören, kann für die grundsätzliche Frage der Zulassung der Zwangsversteigerung nicht als entscheidend angesehen werden.

(OLG. Frankfurt a. M., 4. ZivSen., Beschl. v. 19. März 1937, 4 W 34/37.)

Anmerkung: Der Beschluß mag rechtstheoretisch richtig sein; die erheblichsten Bedenken lassen sich jedoch schon aus dem letzten Satz entnehmen. Tatsächlich war die Lage hier so, daß das EntschuldA. sich infolge der unübersichtlichen und bei den Betriebsgrundstücken teilweise verschiedenen Miteigentumsverhältnisse außerstande sah, das Entschuldungsverfahren durchzuführen, und dem praktisch tätigen Betriebsinhaber bei Meidung der Aufhebung des Entschuldungsverfahrens aufgegeben hatte, mit den Gemeinschaftern eine Auseinandersetzung — notfalls gem. §§ 180 ff. ZwVerstG. — herbeizuführen. Da eine Einigung der Miteigentümer nicht zu erzielen war, hatte der am meisten interessierte Betriebsinhaber die Aufhebungsversteigerung beantragt, um die Durchführung des Entschuldungsverfahrens zu ermöglichen. Dem hatte das LG. Rechnung getragen, während das OLG. dem Antragsteller durch den abgedruckten Beschluß jede Möglichkeit genommen hat, eine Klärung der Eigentumsverhältnisse zu erzwingen, so daß das Entschuldungsverfahren vorläufig ins Stocken geraten ist.

Bei der Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen über die Durchführung des Entschuldungsverfahrens treffen theoretisch wohl durchdachte und grundsätzliche Entsch. nicht immer das richtige. Jede Entsch. muß die wirtschaftlichen Gesichtspunkte in den Vordergrund stellen, und wirtschaftlich gesehen ist die Zwangsversteigerung zwecks Aufhebung der Gemeinschaft nur eine Form der Auseinandersetzung zwischen Gemeinschaftern, aber keine Zwangsversteigerung i. S. der VO. v. 27. Dez. 1933. Wenn hier das EntschuldA. dem Betriebsinhaber aufgibt, das Zwangsversteigerungsverfahren zu beantragen, und das Zwangsversteigerungsgericht den Antrag mit Rücksicht auf das Entschuldungsverfahren zurückweist, dann klafft offensichtlich eine für die Beteiligten sehr schmerzliche Lücke im Gesetz.

Selbst wenn man nun Bedenken haben könnte, ob der von der Entsch. so sehr betonten Notwendigkeit des Gläubigerschutzes bei der Entschuldungsgesetzgebung wirklich eine solche Bedeutung zukommt, und ob nicht die Entschuldungsgesetzgebung in erster Linie der Erhaltung des Grundbesitzes zur Sicherung der Volksernährung dient, lassen sich doch wohl auch Fälle denken, in denen die Durchführung der Aufhebungsversteigerung mit der Fortführung des Entschuldungsverfahrens nicht vereinbar ist. Meines Erachtens wäre deshalb zur Beseitigung von Zweifeln der Erlaß einer ergänzenden Verordnung dahin wünschenswert, daß Zwangsversteigerungen zwecks Aufhebung der Gemeinschaft von Betriebsgrundstücken nach Eröffnung des Entschuldungsverfahrens nur mit Zustimmung des EntschuldA. zulässig sind.

LGR. Dr. Wilhelmi, Wiesbaden.

Ausgleichsgesetz

**** 34. RG. — Ges. über den Ausgleich bürgerlich-rechtlicher Ansprüche v. 13. Dez. 1934; Erste VO. zur Durchführung und Ergänzung des AusgleichsG. v. 22. Febr. 1935; § 13 GVG. Wenn § 6 AusgleichsG. davon spricht, daß durch die Ausgleichsentscheidung des Ministers der „bürgerlich-rechtliche" Anspruch des Berechtigten erlischt, so kann das nur bedeuten, daß der Anspruch ohne Rücksicht auf seine rechtliche Begründung (z. B. Gehalt und Ruhegehalt aus Beamtenverhältnis und Schadensersatz wegen Verletzung der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht) in dem Umfang untergeht, in dem er von der Ausgleichsentscheidung erfaßt worden ist, weil er insoweit von dem Minister als ein bürgerlich-rechtlicher Anspruch i. S. des AusgleichsG. angesehen worden ist.**

Der Kl. war Bürgermeister der bekl. Stadtgemeinde. Er verlangt Zahlung von Gehalt und Ruhegehalt, eventuell Schadensersatz wegen Verletzung der Fürsorgepflicht.

Die Klage wurde vom LG. abgewiesen. Im zweiten Rechtszug wurde das Urteil des LG. aufgehoben und die Bekl. zum Teil zur Zahlung von Gehalt und Ruhegehalt verurteilt. Weitergehende Klageansprüche wurden abgewiesen.

Die Bekl. hat Rev. mit dem Ziel auf Klageabweisung eingelegt. Der Kl. hat Anschlußrevision eingelegt, soweit seine Klage abgewiesen worden ist, und hat beantragt, in vollem Umfang nach seinen Klageanträgen zu erkennen.

Der R.- u. PrMdJ. hat nach Einlegung der Rev. durch Erl. v. 24. Febr. 1937 der Weiterverfolgung des Anspruchs im Rechtsweg nach § 4 AusgleichsG. v. 13. Dez. 1934 widersprochen und die Gewährung eines Ausgleichs abgelehnt. Der Kl. hat trotzdem beantragt, über den — wie er meint — von der Ausgleichsentscheidung *nicht betroffenen öffentlich-rechtlichen Teil* des Klageanspruchs zu verhandeln und zu entscheiden. Die Bekl. hat beantragt, den Antrag auf Eröffnung der Verhandlung abzulehnen und den Anspruch für erloschen zu erklären.

RG. hob auf und wies die Berufung gegen das Urteil des LG. in vollem Umfang zurück.

Der Kl. verfolgt Gehalts- und Ruhegehaltsansprüche, behelfsweise verlangt er Schadensersatz wegen Verletzung der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht. Für diese Ansprüche ist der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten gegeben, sie sind bürgerliche Rechtsstreitigkeiten i. S. des § 13 GVG. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Begriff des bürgerlich-rechtlichen Anspruchs in § 1 AusgleichsG. v. 13. Dez. 1934 (RGBl. I, 1235) in demselben umfassenden Sinne zu verstehen ist. § 1 der 1. VO. zur Durchführung und Ergänzung des AusgleichsG. v. 22. Febr. 1935 (RGBl. I, 219) spricht dafür, wenn er bestimmt, daß auch Ansprüche gegen den Staat und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften aus schuldhafter Amtspflichtverletzung ausgleichbar sind, sofern sie auf Handlungen beruhen, die mit der nationalsozialistischen Erhebung und Staatserneuerung zusammenhängen. Jedenfalls ist durch § 7 der genannten Verordnung die Entsch. darüber, ob das AusgleichsG. anwendbar ist, dem Gericht entzogen und dem MdJ. übertragen. Nach dem Erlaß des Min. v. 24. Febr. 1937, durch den er die Entsch. über die Ansprüche des Kl. gegen die Bekl. an sich gezogen hat, ist das Gericht nicht mehr in der Lage, in eine Prüfung einzutreten, auf welche Rechtsgründe der Klageanspruch gestützt ist und ob der RMdJ. sich bei seinem Eingreifen im Rahmen des AusgleichsG. und der DurchfVO. gehalten hat. Der Min. hat der Weiterverfolgung des Anspruchs im Rechtswege ohne Einschränkung widersprochen. Es kann daher auch keine Rede davon sein, daß er etwa zwischen öffentlich-rechtlicher und bürgerlich-rechtlicher Begründung des Anspruchs unterschieden und für die erstere den Rechtsweg offengehalten hätte. Wenn § 6 AusgleichsG. wieder davon spricht, daß durch die Ausgleichsentscheidung des Min. der „bürgerlich-rechtliche" Anspruch des Berechtigten erlischt, so kann das nur bedeuten, daß der Anspruch ohne Rücksicht auf seine rechtliche Begründung in dem Umfang untergeht, in dem er von der Ausgleichsentscheidung erfaßt worden ist, weil er insoweit von dem Min. als ein bürgerlich-rechtlicher Anspruch i. S. des AusgleichsG. angesehen worden ist.

Unter diesen Umständen kann weiter unerörtert bleiben, ob, wie der Kl. meint, seine Anschlußrevision unabhängig von dem Schicksal der Rev. der Bekl. anhängig bleiben könnte oder ob sie nach §§ 556, 522 ZPO. ihre Wirkung verlieren würde.

Seine Rev. kann infolge des Erlöschens des Anspruchs keinen Erfolg haben. Sie zwingt aber zu einem Sachurteil mit der Folge, daß das die Klage in vollem Umfange abweisende Urteil des LG. wieder herzustellen und seine Berufung gegen dieses Urteil zurückzuweisen war.

Die Gerichtskosten sind nach § 7 AusgleichsG. niederzuschlagen, die außergerichtlichen Kosten gegeneinander aufzu-

heben, soweit ein Rechtsstreit durch dieses Gesetz seine Erledigung findet. Nun hat aber der Kl. mit der Behauptung, daß der Erlaß des Min. den Rechtsstreit nicht erledigt habe, weil der Min. zur Entsch. über die öffentlich-rechtlichen Ansprüche des Kl. nicht zuständig sei, auf der Durchführung des Rechtsstreits und seinem Abschluß durch Urteil bestanden. Deshalb war die Kostenentscheidung der allgemeinen Vorschrift des § 97 ZPO. zu entnehmen (RGZ. 112, 302 = JW. 1926, 1795; RGZ. 142, 55 = JW. 1934, 213 [4] m. Anm.; RGZ. 151, 34 = JW. 1936, 2221 [12]).

(RG., III. ZivSen., U. v. 7. Sept. 1937, III 216/36.) [v. B.]

Beamtenrecht

**** 35. RG. — §§ 6, 7 BWHG. Die Bestimmung der 3. DurchfVO. unter Nr. 7 zu § 7 BWHG., wonach die Hochschullehrer nach diesem Gesetz nicht zu emeritieren, sondern in den Ruhestand zu versetzen sind, ist gültig. Mit der Frage, welche Bezüge der nach § 6 BWHG. in den Ruhestand versetzte Hochschullehrer zu beanspruchen hat, beschäftigt sich § 7 BWHG. nicht; diese Frage ist vielmehr in der 3. und der 4. DurchfVO. durch die Bestimmungen der Nr. 3 zu § 6 BWHG. dahin geregelt, daß in solchem Falle die allgemeinen versorgungsrechtlichen Bestimmungen anzuwenden sind. Für die hessischen Hochschullehrer gilt daher das ihre Ruhegehälter regelnde HessGes. v. 3. Dez. 1920, das ihnen die vollen letzten Dienstbezüge an Grundgehalt und Ortszuschlag in voller Höhe als Ruhegehalt gewährt.**

Der Kl. war ordentlicher Professor, zuletzt seit 1931 an der Hessischen Landesuniversität Gießen. Auf Grund des § 6 BWHG. ist er mit Wirkung vom 1. Jan. 1935 in den Ruhestand versetzt worden. Die Hessische Landesregierung hat bei der Berechnung seines Ruhegehalts seine frühere Tätigkeit an der Universität Basel unberücksichtigt gelassen und unter Zugrundelegung einer ruhegehaltsfähigen Dienstzeit von 18 Jahren sein Ruhegehalt auf 51% seiner bisherigen Bezüge festgesetzt. Der Kl. ist der Ansicht, daß ihm nach dem HessGes. v. 3. Dez. 1920 betr. die Ruhegehalte und die Versorgung der Hinterbliebenen der etatmäßigen ordentlichen und außerordentlichen Professoren der Universität Gießen und der Technischen Hochschule zu Darmstadt (RegBl. 349) als Ruhegehalt die vollen pensionsfähigen letzten Dienstbezüge (Grundgehalt und Ortszuschlag) zustehen.

Das LG. hat die Klage abgewiesen.

Das OLG. hat der Klage in Anwendung der Bestimmungen des HessGes. v. 3. Dez. 1920 stattgegeben.

Die Rev. war erfolglos.

Zutreffend gehen die Vorderurteile davon aus, daß die im BWHG. i. d. Fass. des AndGes. v. 23. Juni 1933 (RGBl. I, 389) vorgesehenen Maßnahmen für die in versorgungsberechtigter Stellung befindlichen Beamten nicht sämtlich die gleichen Folgen haben. Wird ein solcher Beamter nach § 4 BWHG. entlassen (weil er nicht Gewähr dafür bietet, jederzeit rückhaltlos für den nationalen Staat einzutreten), so kann er nach § 8 BWHG. Ruhegeld nur beanspruchen, wenn er bei seiner Entlassung zehn Jahre im Dienst war, aber er erhält nach § 4 Satz 3 BWHG. nur ¾ des Ruhegeldes. Darüber hinaus gibt das Gesetz in den §§ 9 ff. für die Berechnung der ruhegehaltsfähigen Dienstzeit einschränkende und Angleichungsbestimmungen. Auch der Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung ist im § 4 entsprechend beschränkt worden. Der beschränkte Anspruch steht jedoch nach zehnjähriger Dienstzeit dem nach § 4 entlassenen Beamten auch dann zu, wenn er nach Landesrecht erst nach Ablauf einer längeren Frist Ruhegeld hätte beanspruchen können (vgl. RGZ. 153, 244 = JW. 1937, 1249 [15]). Es handelt sich also insoweit um einen durch die §§ 4, 8 ff. BWHG. gewährten selbständigen Versorgungsanspruch (RGZ. 149, 58 unten, 59 oben = JW. 1936, 381 [8] m. Anm. und RGZ. 153, 244). Für Beamte, die nach § 3 BWHG. wegen nichtarischer Abstammung in den Ruhestand versetzt werden, gelten nach §§ 8 ff. die gleichen Wirkungen. Dagegen sind nach der ausdrücklichen Bestimmung der Nr. 3 zu § 6 BWHG. in der 3. DurchfVO. v. 6. Mai 1933 (RGBl. I, 245) die die Ruhegehaltsberechtigung und die Hinterbliebenenversorgung einschränkenden Vorschriften der §§ 8 ff. BWHG. bei einer Versetzung in den Ruhestand, die nach § 6 BWHG. zur Vereinfachung der Verwaltung oder im Interesse des Dienstes erfolgt, nicht anzuwenden, vielmehr gelten für solche Versetzungen in den Ruhestand nach der 4. DurchfVO. v. 18. Juli 1933 (RGBl. I, 515) Nr. 3 zu § 6 BWHG. die allgemeinen versorgungsrechtlichen Bestimmungen, gegebenenfalls, nämlich bei geringerer als zehnjähriger ruhegeldfähiger Dienstzeit, auch § 39 RBG.

Zu den allgemeinen, hiernach anwendbaren versorgungsrechtlichen Bestimmungen gehören für die etatsmäßigen ordentlichen Professoren an der Universität Gießen nach der einwandfreien Annahme des BerR. des HessGes. v. 3. Dez. 1920, betr. die Ruhegehalte und die Versorgung der Hinterbliebenen der etatsmäßigen ordentlichen und außerordentlichen Professoren der Universität Gießen und der Technischen Hochschule zu Darmstadt. Dieses Gesetz gewährt den in den Ruhestand versetzten Professoren die vollen pensionsfähigen letzten Dienstbezüge (Grundgehalt und Ortszuschlag) in der gleichen Höhe und nach den gleichen Grundsätzen wie den im Dienste befindlichen Beamten.

Der beklagte Hessische Staat hatte gegen die Anwendung dieses Gesetzes auf den nach § 6 BWHG. in den Ruhestand versetzten Kl. eingewandt, es beziehe sich nur auf entpflichtete (emeritierte) Hochschullehrer; da der Kl. nicht emeritiert, sondern nach § 6 BWHG. in den Ruhestand versetzt worden sei, könne das Gesetz auf ihn nicht angewandt werden.

Das BG. hat diesen Einwand zurückgewiesen. Es legt dar, daß die hessischen Hochschullehrer seinerzeit, um die ihnen im Ges. v. 3. Dez. 1920 gewährten Pensionsbezüge in Höhe der vollen letzten Dienstbezüge zu erlangen, zugunsten des Staates auf einen erheblichen Teil ihrer Kolleggeldeinnahmen verzichtet hätten und das Gesetz nach seiner Bezeichnung, seinem Inhalt und seiner Entstehungsgeschichte sachlich nicht die Emeritierung, sondern lediglich die gesetzliche Regelung des Ruhegehalts der hessischen Hochschullehrer gebracht habe. Diese auf der Auslegung irrevisiblen hessischen Landesrechts beruhende Annahme des BG. ist der Nachprüfung des RevG. nach § 549 ZPO. entzogen.

Weiter hatte der Bekl. geltend gemacht, die Fortgewährung der vollen Dienstbezüge sei der Emeritierung der Hochschullehrer eigen; da die 3. DurchfVO. zum BWHG. zu § 7 unter Nr. 7 bestimme, daß nach diesem Gesetz die Lehrer an wissenschaftlichen Hochschulen nicht zu emeritieren, sondern in den Ruhestand zu versetzen seien, sei damit den Ländern verboten, den nach § 6 BWHG. in den Ruhestand versetzten ordentlichen Professoren das volle Gehalt als Ruhegeld fortzuzahlen.

Auch diesen Einwand hat das BG. zurückgewiesen. Es führt aus, aus dem Verbot der Emeritierung und dem in der 3. DurchfVO. unter Nr. 8 zu § 7 BWHG. ausgesprochenen Wegfall der Lehrbefugnis für den Fall der Versetzung in den Ruhestand folge nicht notwendig, daß auch das zweite Wesensmerkmal der Emeritierung, nämlich die Fortzahlung des vollen Gehalts, bei der Versetzung in den Ruhestand fortfallen solle, vielmehr ergebe sich aus dem ausdrücklichen Hinweis auf den Wegfall der Lehrbefugnis, dessen es sonst bei dem allgemeinen Verbot der Emeritierung nicht mehr bedurft haben würde, daß es im wesentlichen darauf angekommen sei, die betreffenden Professoren nicht mehr dozieren zu lassen. Demgegenüber sucht die Rev. darzutun, daß das Verbot der Emeritierung nicht ohne weiteres das Fortbestehen der Lehrbefugnis ausschließe und deshalb deren Fortfall in der 3. DurchfVO. besonders hätte ausgesprochen werden müssen. Durch die fraglichen Bestimmungen hätten alle sachlich nicht gerechtfertigten Vorrechte der Hochschullehrer ausgeschlossen und damit den Ländern ihre finanziellen Lasten erleichtert werden sollen. Wenn die 3. DurchfVO. mit dem Emeritierungsverbot im wesentlichen nur die Lehrbefugnis hätte ausschließen wollen, so hätte sie dies besonders aussprechen müssen.

Dem kann nicht beigepflichtet werden. Das Wesen der Entpflichtung (Emeritierung) der Lehrer an den wissenschaftlichen Hochschulen besteht allerdings darin, daß sie eine Beendigung des Beamtenverhältnisses nicht herbeiführt. Die Hochschullehrer, die

auf ihren Wunsch oder bei Eintritt ihrer Dienstunfähigkeit oder mit Erreichung der Altersgrenze von ihren amtlichen Verpflichtungen entbunden werden, beziehen ihr volles Gehalt weiter und bleiben im vollen Genuß auch der übrigen mit dem Amte verbundenen Rechte. Insbes. behalten sie das Recht zur Ausübung des wichtigsten Teiles ihrer Amtsverrichtung, das Recht auf Abhaltung von Vorlesungen. Insoweit stand den Hochschullehrern nach bisherigem Recht ein wohlerworbenes Recht zu (vgl. das zu Kap. IV Teil 2 PrSparVO. v. 12. Sept. 1931 [GS. 179] ergangene, preußische Hochschullehrer betreffende Urt. des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich v. 20. Juni 1932: RGZ. 137, Anh. 17, 28 ff.). In dieser Entsch. ist nun zwar angenommen worden, daß die Ersetzung des Emeritatsgehalts durch eine Pension bei den Hochschullehrern gegen § 129 Abs. 1 Satz 3 WeimVerf. verstoßen würde. Das trifft nunmehr nicht mehr zu, weil insoweit die Schranken der Verfassung durch das Ermächtigungsgesetz beseitigt worden sind. Die Bestimmung der 3. DurchfVO. unter Nr. 7 zu § 7 BWHG., wonach die Hochschullehrer nach diesem Gesetz nicht zu emeritieren, sondern in den Ruhestand zu versetzen sind, ist also gültig. Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, welche Bezüge der nach § 6 BWHG. in den Ruhestand versetzte Hochschullehrer zu beanspruchen hat. Es ist der Bestimmung insbes. nicht zu entnehmen, daß ein pensionierter Hochschullehrer die ihm nach landesgesetzlichen Ruhegehaltsbestimmungen als Ruhegehalt zustehenden vollen pensionsfähigen letzten Dienstbezüge dann nicht soll beanspruchen dürfen, wenn seine Versetzung in den Ruhestand nicht wegen Dienstunfähigkeit, sondern auf Grund des § 6 BWHG. erfolgt. Mit der Frage, welche Bezüge dem nach § 6 BWHG. in den Ruhestand versetzten Beamten zu gewähren sind, beschäftigt sich der § 7 BWHG. überhaupt nicht; diese Frage ist vielmehr, wie bereits gesagt wurde, in der 3. und der 4. DurchfVO. durch die Bestimmungen der Nr. 3 zu § 6 BWHG. dahin geregelt worden, daß in solchem Falle die allgemeinen versorgungsrechtlichen Bestimmungen anzuwenden sind (vgl. RGZ. 154, 229 = JW. 1937, 2293 [20]), mithin für die hessischen Hochschullehrer das ihre Ruhegehälter regelnde HessGes. v. 3. Dez. 1920, das ihnen die vollen letzten Dienstbezüge an Grundgehalt und Ortszuschlag in voller Höhe als Ruhegehalt gewährt. Hätte die 3. DurchfVO. hieran für die Hochschullehrer etwas ändern wollen, so hätte es in ihr zum Ausdruck kommen müssen. Das ist indessen nicht geschehen. Insbes. kann den Bestimmungen der Nr. 7 und 8 der 3. DurchfVO. zu § 7 BWHG. nicht entnommen werden, daß für Hochschullehrer eine Ausnahme von der dargelegten allgemeinen Regelung des Gesetzes gelten soll. Es ist hier zunächst darauf zu verweisen, daß § 7 BWHG. selbst nur das Verfahren regelt, das bei der Beseitigung eines Beamten aus seiner gegenwärtigen Stellung auf Grund des Wiederherstellungsgesetzes zu beachten ist. § 7 regelt für die drei Arten einer solchen Beseitigung, die das Gesetz kennt, nämlich Entlassung aus dem Amt nach § 4 BWHG., Versetzung in ein anderes Amt (§ 5 Abs. 1 BWHG.) und Versetzung in den Ruhestand nach §§ 3, 5 Abs. 2, 6, die Frage der Zuständigkeit, den Ausschluß des Rechtswegs und die Fristen, die bei der Verhängung der Maßnahmen zu beachten sind. Schon hiernach kann nicht gut angenommen werden, daß die DurchfBest. zum § 7 BWHG. die im Gesetz selbst an anderen Stellen geregelten Ruhegehaltsansprüche haben ändern wollen. Die Bestimmung der 3. DurchfVO. unter Nr. 7 zu § 7 trägt nur der Besonderheit der bei manchen Beamtengruppen, namentlich bei Lehrern an wissenschaftlichen Hochschulen, vorkommenden Emeritierung Rechnung. Sie befaßt sich nur mit den Universitätprofessoren, weil die anderen Beamtengruppen, bei denen eine Emeritierung vorkommt (z. B. Kirchenbeamte), vom Gesetz überhaupt nicht betroffen werden. Die Vorschrift besagt für die Professoren ganz klar, daß die bei ihnen übliche Besonderheit der Entpflichtung fortzufallen hat und durch eine regelrechte Versetzung in den Ruhestand, wie sie im allgemeinen Beamtenrecht besteht, zu ersetzen ist. Insoweit muß die Bestimmung allerdings als eine materiellrechtliche Vorschrift aufgefaßt werden. Aber die Frage, welche Bezüge in solchem Falle der Universitätsprofessor zu beanspruchen hat, ist damit in keiner Weise geregelt. Die Emeritierung ist zwar bei Universitätsprofessoren — im Gegensatz zu den Geistlichen — in der Regel mit der Belassung des vollen Diensteinkommens verbunden. Aber das ist kein notwendiger Begriffsbestandteil der Emeritierung, wie schon das Beispiel der emeritierten Geistlichen zeigt. Umgekehrt kommt die Belassung des vollen Gehalts auch bei regelrechter Zurruhesetzung vor, z. B. nach der Darlegung des BG. gerade für die Professoren der Universität Gießen und der Technischen Hochschule zu Darmstadt nach dem HessGes. v. 3. Dez. 1920. Daß es dem Gesetzgeber bei dem Verbot der Emeritierung der Universitätsprofessoren in erster Linie auf die Entziehung der Lehrbefugnis ankam und weniger auf Ersparung von Ruhegehaltsbeträgen, kommt in den Vorschriften der Nr. 8 zu § 7 BWHG. der 3. DurchfVO. mit großer Deutlichkeit zum Ausdruck. Sie behandeln sowohl die Fälle der Entlassung als auch die der Versetzung in den Ruhestand und verbinden mit all diesen Maßnahmen, die nach dem BWHG. erfolgen können, den Verlust der Lehrbefugnis, setzen aber für Honorarprofessoren und nichtbeamtete außerordentliche Professoren und Privatdozenten an die Stelle der Entlassung oder der Versetzung in den Ruhestand die Entziehung der Lehrbefugnis. Daß bei Zurruhesetzungen nach § 6 BWHG. fiskalische Gesichtspunkte nicht wesentlich in Betracht kommen, zeigen gerade die mehrfach erwähnten Vorschriften der 3. und 4. DurchfVO. zu § 6 BWHG. Der Sinn der Vorschrift Nr. 7 zu § 7 BWHG. der 3. DurchfVO. ist also, daß dort, wo die Belassung des vollen Gehalts Begriffsmerkmal der Emeritierung war, dieses Vorrecht mit dem Verbot der Emeritierung entfallen ist; wo aber die Ruhegehaltsregelung für die Hochschullehrer unabhängig von der Emeritierung getroffen war, bleibt sie bestehen, also auch die landesgesetzliche Regelung, die dem in den Ruhestand versetzten Hochschullehrer seine vollen letzten Dienstbezüge an Grundgehalt und Ortszuschlag als Ruhegehalt beläßt. Aus der Vorschrift Nr. 7 der 3. DurchfVO. zu Nr. 7 BWHG. i. Verb. m. den Vorschriften der Nr. 8 daselbst kann also nicht gefolgert werden, daß das HessGes. v. 3. Dez. 1920 auf den Kl. nicht anwendbar sei, weil den Ländern durch die Vorschriften der 3. DurchfVO. verboten sei, den nach § 6 BWHG. in den Ruhestand versetzten Hochschullehrern die ihnen nach Landesgesetz zustehenden vollen Dienstbezüge als Ruhegeld zu zahlen.

Daß insoweit das BWHG. oder die DurchfVO. zu ihm in die landesgesetzliche Regelung hätten eingreifen wollen, hier also etwa die §§ 41 ff. RBG. hätten Platz greifen sollen, dafür fehlt auch sonst jeder Anhalt. § 17 Abs. 1 BWHG. sieht zwar vor, daß der RMdJ. im Einvernehmen mit dem RFM. die zur Durchführung und Ausführung des Gesetzes erforderlichen Rechtsverordnungen und allgemeinen Verwaltungsvorschriften erläßt, und § 17 Abs. 2 bestimmt, daß die obersten Landesbehörden erforderlichenfalls ergänzende Vorschriften erlassen können, daß sie sich dabei aber im Rahmen der Reichsvorschriften halten müssen. Letztere dürfen, wie die 3. DurchfVO. unter Nr. 2 zu § 17 bestimmt, nicht günstiger sein, als die entsprechenden reichsgesetzlichen Vorschriften. Aber bis zu dem hier nicht anwendbaren Gesetz über die Entpflichtung und Versetzung von Hochschullehrern aus Anlaß des Neuaufbaus des deutschen Hochschulwesens v. 21. Jan. 1935 (RGBl. I, 23) war der Abbau der deutschen Hochschulen und die Regelung der Rechtsstellung der Hochschullehrer Sache der Landesgesetzgebung. Der Preußische Staat hat nun freilich u. a. die 2. AusfVorschr. v. 15. Juni 1935 (GS. 199) erlassen, die unter Nr. 20 auch Bestimmungen für Lehrer an wissenschaftlichen Hochschulen, die in den Ruhestand versetzt werden, enthält, Bestimmungen, die sich (vgl. RGZ. 152, 152 = JW. 1937, 95 [7]) nicht überall im Rahmen der reichsgesetzlichen Ermächtigung halten. Für den hessischen Staat sind solche Bestimmungen, wie das BG. bindend feststellt, bisher nicht erlassen. Reichsgesetzliche Bestimmungen, die die Anwendbarkeit des Ges. v. 3. Dez. 1920 auf den Kl. hindern könnten, fehlen. Die Zuerkennung des vollen Grundgehalts und Ortszuschlags als Ruhegeld an den Kl. verstößt daher nicht gegen Reichsrecht, und die Rev. war daher als unbegründet zurückzuweisen.

(RG., III. ZivSen., U. v. 17. Aug. 1937, III 35/37.) [v. B.]

⟨= RGZ. 155, 246.⟩

*

36. RG. — BWHG. v. 7. April 1933 (RGBl. I, 175). Die Anstellung eines Gemeindebeamten ist in ihrem rechtlichen Bestand davon unabhängig, ob der Haushaltsplan der Gemeinde Mittel für seine Besoldung vorsah oder ob diese erst bewilligt werden mußten. Die Rechtswirksamkeit der Anstellung kann durch Auswirkungen auf den Haushaltsplan der Gemeinde nicht berührt werden. Das BWHG. enthält keine Bestimmungen, die die ordentlichen Gerichte ermächtigen könnten, einem Beamten sein Gehalt schon um deswillen zu entziehen, weil er seine Stellung durch die in der Systemzeit üblichen Machenschaften erlangt hat. Die neue Beamtengesetzgebung hält an dem für die allgemeine Rechtssicherung unentbehrlichen Grundsatze fest, daß jeder auf gesetzmäßige Weise in ein Amt Berufene die Eigenschaft eines Beamten besitzt und daß ihm diese nur unter bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen und nur unter Einhaltung des dafür vorgesehenen Verfahrens entzogen werden kann.

Der Bekl. war Bürgermeister einer zur Provinz Hessen-Nassau gehörenden klagenden Landgemeinde. Er wurde im März 1933 seines Amtes vorläufig enthoben und sodann gemäß § 6 BWHG. in den Ruhestand versetzt. Vom 1. April 1933 ab hat ihm die Kl. die Zahlung des Gehalts verweigert. Durch den Vorbescheid des Landrats ist die Kl. aber für verpflichtet erklärt worden, dem Bekl. vom 1. April 1933 ab Gehalt zu zahlen. Hiergegen wendet sich die innerhalb der Sechsmonatsfrist des § 7 KommBeamtG. erhobene Klage. Diese geht auf Feststellung, daß dem Bekl. von dem genannten Zeitpunkt ab keine Ansprüche zustehen.

Die Klage ist in allen Instanzen ohne Erfolg geblieben.

Die Kl. stützt ihre vermeintliche Berechtigung, dem Bekl. das Ruhegehalt zu verweigern, auf folgenden Sachverhalt:

Der Bekl. war zunächst, und zwar seit 1926, nebenamtlicher Bürgermeister. Am 17. Nov. 1929 wurde — in Auswirkung des Ges. über die Festsetzung der Gemeindewahlen v. 1. Nov. 1928 (GS. 207) — die Gemeindevertretung neu gewählt. Die Gültigkeit dieser Wahl, die eine linksgerichtete Mehrheit ergeben hatte, wurde wegen Verletzung des Wahlgeheimnisses angefochten. Nachdem die Gemeindevertretung den Einspruch zurückgewiesen hatte, erklärte der Kreisausschuß am 6. Mai 1930 die Wahl für ungültig. Der BezAussch. trat dieser Entsch. mit dem Urt. vom 26. Nov. 1930 bei. Das Urteil wurde vom PrOVG. am 9. Juni 1931 bestätigt.

Bereits am 4. Dez. 1929 hatte die neue Gemeindevertretung den Bekl. zum Bürgermeister gewählt. Am 17. März 1930 beschloß sie, die Bürgermeisterstelle in eine hauptamtliche umzuwandeln. Dieser Beschluß wurde wegen Verstoßes gegen § 72 Satz 1 LGemO. für die Provinz Hessen-Nassau (LGemO.) vom 4. Aug. 1897 (GS. 301) vom Landrat beanstandet. Am 31. Mai 1930 wiederholte die Gemeinde, und zwar diesmal unter Vermeidung des früheren Verstoßes, den Beschluß mit dem Zusatze, daß die Anstellung des Bekl. auf zwölf Jahre erfolgen solle.

Am 6. Okt. 1930 wies der Landrat den Bekl. darauf hin, daß es bisher an einer bestimmungsgemäßen Übertragung der hauptamtlichen Stelle auf ihn fehle; um die Anstellung nach dem Gesetz zu regeln, empfehle er baldigst eine Wahl durch die Gemeindevertretung vornehmen zu lassen. Am 20. Okt. 1930 wurde diese Wahl durch die Gemeindevertretung vollzogen und eine Woche später durch den Landrat als Vorsitzenden des Kreisausschusses bestätigt. Der Bekl. hat auch unstreitig eine schriftliche Anstellungsurkunde erhalten.

Die Kl. ist der Ansicht, daß sowohl der Beschluß der Gemeindevertretung über die Umwandlung der bisher nebenamtlich verwalteten Bürgermeisterstelle in eine hauptamtliche als auch die Wahl des Bekl. zum Inhaber dieser Stelle nicht rechtswirksam gewesen sind.

Dem BG. ist aber darin beizustimmen, daß die Gemeindevertretung trotz des damals laufenden und später endgültig zu ihren Ungunsten entschiedenen Wahlanfechtungsverfahrens die gesetzliche Befugnis besaß, den Bekl. als hauptamtlichen Bürgermeister zu wählen und anzustellen. Diese Befugnis ergibt sich aus § 6 Abs. 5 Satz 3 PrGemWahlG. i. Verb. m. § 46 Abs. 2 LGemO., dessen Voraussetzungen um deswillen gegeben waren, weil die Gemeinde damals unstreitig mehr als 1200 Einwohner zählte. Die Wahl hat die nach § 55 Abs. 1 LGemO. erforderliche Bestätigung des Landrats gefunden. Daß der Landrat dabei als Vorsitzender des Kreisausschusses gehandelt hat und handeln mußte, folgt aus § 111 Abs. 1 LGemO. Auch an der Aushändigung einer Anstellungsurkunde an den Bekl. gemäß § 1 KommBeamtG. hat es nicht gefehlt. Somit ist der Bekl. auf dem gesetzlichen Wege in die Stellung eines hauptamtlichen Bürgermeisters gelangt. Die Rechtswirksamkeit dessen konnte nach der feststehenden Rspr. des erk. Sen. durch die Auswirkungen auf den Haushalt der klagenden Gemeinde nicht berührt werden (vgl. III 278/35 v. 6. März 1936: JW. 1936, 1595[2] sowie RGZ. 111, 360 und 109, 270). Die Anstellung des Kl. war in ihrem rechtlichen Bestande davon unabhängig, ob der Haushaltsplan Mittel für seine Besoldung vorsah oder ob diese erst noch bewilligt werden mußten.

Nun hat die Kl. behauptet, der Bekl. habe seine Stellung durch eine politische Schiebung erlangt, und zwar im Zusammenwirken mit dem gleichfalls der SPD. angehörenden Landrat. Das BG. hat diese Behauptung jedoch für widerlegt erachtet. Muß hiernach aber die vom Landrat erteilte Bestätigung als einwandfrei angesehen werden, so fällt damit ein hauptsächlicher Teil der Klagebegründung ohne weiteres in sich zusammen. Auf die Beweggründe allein, welche die damalige Gemeindevertretung zur Wahl des Bekl. veranlaßt haben, läßt sich die Rechtsunwirksamkeit seiner Anstellung nicht stützen. Die links gerichtete politische Mehrheit der damaligen Gemeindevertretung hat freilich die ihr nach der gegebenen Rechtslage unbestreitbar zustehende Befugnis dazu benutzt, um in Gestalt des Bekl. einen Parteigänger in den politisch einflußreichen und nunmehr auch mit einer Besoldung ausgestatteten Posten des Bürgermeisters zu bringen, und zwar unbekümmert um den Ausgang des schwebenden Wahlanfechtungsverfahrens und darum, ob die Bestellung des Bekl. einer nachfolgenden Gemeindevertretung genehm sein würde. Das BG. hat mit Recht betont, daß ein solches Vorgehen, wie es in der Systemzeit vielfach geübt worden ist, nichtsdestoweniger vom Standpunkt der guten Sitten aus mißbilligt werden muß. Es hat auf der anderen Seite aber als ausschlaggebend erachtet, daß die Gesetzgebung des neuen Reichs davon Abstand genommen hat, den zahllosen auf gleiche oder ähnliche Weise in Beamtenstellungen Gelangten die Beamteneigenschaft deswegen abzusprechen. Dem BG. ist darin zuzustimmen, daß dieser Gesichtspunkt von schlechthin entscheidender Bedeutung ist. Das BWHG. und die dazu ergangenen Nebengesetze und Verordnungen treffen eingehende Bestimmungen darüber, wie die Säuberung des deutschen Beamtenstandes von ungeeigneten und politisch unzuverlässigen Elementen durchzuführen war. Die Entfernung solcher Personen aus ihren Ämtern war an bestimmte Voraussetzungen geknüpft und im Einzelfalle durch besondere Verwaltungsakte auszuführen. Daraus ergibt sich klar, daß die unter Mißbrauch parteipolitischer Machtverhältnisse erfolgte Besetzung eines Amts nicht schon aus diesem Grunde als absolut rechtsunwirksam angesehen werden soll. Vielmehr hält auch die neue Gesetzgebung an dem für die allgemeine Rechtssicherheit unentbehrlichen Grundsatze fest, daß jeder auf gesetzmäßige Weise in ein Amt Berufene die Eigenschaft eines Beamten besitzt und daß ihm diese nur unter bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen und nur unter Einhaltung des dafür vorgesehenen Verfahrens entzogen werden kann. Den ordentlichen Gerichten fehlt die Befugnis, darüber hinauszugehen. Hiernach ist dem BG. darin beizupflichten, daß der Bekl. in der Tat hauptamtlicher Bürgermeister der Kl. geworden war und aus dieser Stellung erst mit seiner Versetzung in den Ruhestand im Oktober 1934 ausgeschieden ist.

Dem Bekl. war mit der — wie oben dargelegt: rechtswirksamen — Verleihung des Amts zugleich das diesem entsprechende Diensteinkommen bewilligt. Letzteres hing an seiner Beamteneigenschaft und hat die Natur einer standesgemäßen Unterhaltsrente, die dem Beamten als Gegenleistung dafür zusteht, daß er seine Arbeitskraft dauernd und ausschließlich dem öffentlich-rechtlichen Dienstherrn zur Verfügung stellt. Das hat der Bekl. getan und insoweit kann sein Gehaltsanspruch nicht eines gerechtfertigten Grundes entbehren. Schlechthin entscheidend ist auch hier, daß das in dieser Hinsicht ausschließlich maßgebende BWHG. keine Bestimmungen enthält, die das Gericht ermäch-

tigen könnten, einem Beamten sein Gehalt schon um deswillen zu entziehen, weil er seine Stellung durch die in der Systemzeit üblichen politischen Machenschaften erlangt hat.

(RG., III. ZivSen., U. v. 10. Aug. 1937, III 47/37.) [v. B.]

*

**** 37. RG. — § 7 KommBeamtG. Dem § 7 KommBeamtG. ist zu entnehmen, daß nur dann, wenn die Ansprüche aus dem Dienstverhältnis klageweise geltend gemacht werden, als Prozeßvoraussetzung ein behördlicher Vorbescheid verlangt wird. Das muß zwar auch für eine Widerklage gelten, kann aber nicht auf eine Aufrechnung ausgedehnt werden.**

Der klagende Kreiskommunalverband ist Rechtsnachfolger des im Jahre 1932 aufgelösten preußischen Landkreises A. Der Bekl. war seit 1924 Landrat dieses aufgelösten Kreises. Nachdem er im Jahre 1932 zunächst in den einstweiligen, später in den dauernden Ruhestand versetzt worden war, hat er im März 1934 auf Titel, Ruhegehalt und Hinterbliebenenversorgung verzichtet.

Mit der vorl. Klage fordert der Kl. von dem Bekl. Zahlung eines Gesamtbetrages von 1101 *RM*. Es handelt sich dabei um die Zurückzahlung eines restlichen Gehaltsvorschusses, von Betriebskosten für Privatfahrten und um Miete für Benutzung der Dienstwohnung.

Der Bekl. hat die Klageforderung in den Vorinst. teilweise bestritten, im übrigen aber geltend gemacht, er habe mit Gegenforderungen in einer Gesamthöhe von 11 290,88 *RM* aufgerechnet.

Das LG. hat in Höhe von 1026 *RM* nach dem Klageantrage erkannt, im übrigen aber die Klage abgewiesen. Gegen dieses Urteil hat der Bekl. Berufung eingelegt; die Kl. hat sich der Berufung angeschlossen. Daraufhin hat das OLG. das erstinstanzliche Urteil abgeändert. Es hat zunächst durch Vorbehaltsurteil vom 20. Sept. 1935 unter Vorbehalt der Entsch. über die Aufrechnung in vollem Umfange nach dem Klagantrage erkannt. Dieses Urteil ist nicht angefochten worden. Durch Schlußurteil hat das OLG. dann das Urteil ohne Vorbehalt aufrechterhalten.

Auf Rev. des Bekl. verwies das RG. die Sache an das BG. zurück.

Der Streit geht nur noch um die zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüche des Bekl. Zutreffend hat das BG. in seinem Urteil vom 20. Sept. 1935 ausgesprochen, daß es sich dabei um vermögensrechtliche Ansprüche aus dem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis des Bekl. handelt. Danach ist die Rev. gemäß § 547 Nr. 2 ZPO., § 71 Abs. 3 GVG. i. Verb. m. § 39 Nr. 1 PrAusfG. zum GVG. ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zulässig. Daß hier nur das Dienstverhältnis des Bekl. als Kreisausschußvorsitzenden, also das Beamtenverhältnis zwischen ihm und dem Kreiskommunalverband, nicht aber sein Beamtenverhältnis als Landrat zum preußischen Staat in Betracht kommt, steht der Zulässigkeit der Rev. nicht im Wege. Denn die erleichterte Revisionsmöglichkeit greift auch bei Kommunalbeamten Platz (vgl. RGZ. 152, 3/4 = JW. 1936, 3541 [9]).

Das BG. hat in dem angefochtenen Urteil über die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen des Bekl. sachlich nicht entschieden. Es hat in seinen beiden Urteilen den Standpunkt vertreten, Voraussetzung für die Zulässigkeit einer gerichtlichen Geltendmachung der Aufrechnung sei ein Vorbescheid des „Verwaltungschefs“ gemäß § 2 PrGes. betr. die Erweiterung des Rechtswegs v. 24. Mai 1861 (GS. 242), da die Gegenforderungen im engsten Zusammenhang mit den amtlichen Aufgaben des Bekl. als Landrat ständen und deshalb nicht privatrechtlicher Natur seien. Zur Beibringung eines solchen Vorbescheides hatte das BG. das Nachverfahren zunächst ausgesetzt, es hat dann aber schließlich das jetzt angefochtene Schlußurteil erlassen, weil sich der Bekl. um die Herbeiführung eines Vorbescheides nicht genügend bemüht habe. Es sagt dazu, es müsse dem Bekl. überlassen bleiben, seine angeblichen Forderungen in einem gesonderten Verfahren geltend zu machen.

Das Urteil wird von der Rev. mit Recht angegriffen. Zunächst ist es jedenfalls unzutreffend, wenn das BG. einen Vorbescheid nach § 2 Ges. v. 24. Mai 1861 für erforderlich erklärt. Denn, wie schon erwähnt, kommt hier nicht das Beamtenverhältnis des Bekl. als Landrat gegenüber dem preußischen Staat, sondern das als Kreisausschußvorsitzender gegenüber dem Kreiskommunalverband in Betracht. Ein verwaltungsmäßiger Vorbescheid käme danach nur nach § 7 KommBeamtG. v. 30. Juni 1899 (GS. 141) in Frage. In Wirklichkeit bedarf es hier aber auch eines solchen Vorbescheides nicht. Daß an sich mit öffentlich-rechtlichen Forderungen aufgerechnet werden kann, auch bevor darüber ein Vorbescheid der Verwaltungsbehörde ergangen ist, hat das BG. (unter Hinweis auf die Entsch. des RG.: RGZ. 77, 413 = JW. 1912, 149 und RGZ. 80, 372 = JW. 1913, 131) schon in dem Vorbehaltsurteil vom 20. Sept. 1935 zutreffend angenommen. Die Wirkung einer Aufrechnung ist nun die, daß die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind. Diese in § 389 BGB. für bürgerlich-rechtliche Ansprüche getroffene Regelung muß in gleicher Weise auch für öffentlich-rechtliche Ansprüche gelten. Im vorl. Fall war die Aufrechnung schon vor Erhebung der Klage erklärt worden. Es ist nicht einzusehen, warum der Bekl. da noch eines Vorbescheides bedürfen sollte, um sich in dem gegen ihn angestrengten Rechtsstreit zu seiner Verteidigung auf die Tatsache der Aufrechnung, also das Erlöschen der gegenseitigen Forderungen, soweit sie sich aufrechenbar gegenübergestanden haben, berufen zu können. Es macht aber auch keinen Unterschied, ob die Aufrechnung schon vor Klagerhebung oder erst innerhalb des Verfahrens erklärt wird. Dem § 7 KommBeamtG. ist zu entnehmen, daß nur dann, wenn die Ansprüche aus dem Dienstverhältnis *klageweise* geltend gemacht werden, als Prozeßvoraussetzung ein behördlicher Vorbescheid verlangt wird. Das muß zwar auch für eine Widerklage gelten, kann aber nicht auf eine Aufrechnung ausgedehnt werden. Bei der Aufrechnung ist die Entsch. über die Gegenforderung nur eine Vorfrage für die Entsch. der eingeklagten Forderung selbst. Wenn auch dazu ein Vorbescheid hätte notwendig sein sollen, hätte das im Gesetz deutlich zum Ausdruck kommen müssen.

Die Ansicht des BG. würde auch zu Ergebnissen führen, die das Gesetz nicht gewollt haben kann. Es würde beispielsweise ein Beamter, der sich über eine Forderung einen ihm günstigen Vorbescheid verschafft hat, dann aber zunächst von einer Geltendmachung seiner Ansprüche im Klagewege absieht und nun später seinerseits von der Behörde verklagt wird, nach Ablauf der in § 7 a. a. O. gesetzten „Ausschlußfrist“ von sechs Monaten nicht mehr in der Lage sein, sich mit einer Aufrechnungseinrede zu verteidigen. Das kann nicht Rechtens sein. Im übrigen sprechen auch die vom BG. selbst angeführten Entsch. RGZ. Bd. 77 und Bd. 80 a. a. O. für den hier vertretenen Standpunkt. Wenn dort dem Gericht die Entsch. sogar über das Bestehen solcher (aufrechnungsweise geltend gemachter) Forderungen gestattet worden ist, die klageweise im ordentlichen Rechtsweg überhaupt nicht verfolgt werden durften, so kann ihm die Entsch. über eine Aufrechnung nicht dann entzogen sein, wenn für die klageweise Geltendmachung vor dem ordentlichen Gericht nur eine gesetzliche Prozeßvoraussetzung besteht.

(RG., III. ZivSen., U. v. 17. Aug. 1937, III 75/37.) [v. B.]

⟨= RGZ. 155, 243.⟩

Deutsche Gemeindeordnung

38. KG. — §§ 78, 79 DGemO. v. 30. Jan. 1935; § 25 der 1. DurchfVO. v. 22. März 1935

1. § 78 DGemO. bezieht sich auf die Bestellung von Sicherheiten für fremde und § 79 DGemO. auf die Bestellung von Sicherheiten für eigene Verbindlichkeiten der Gemeinde.

2. Wird das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft von der Aufsichtsbehörde genehmigt, so gilt die Genehmigung auch für das dieser Verpflichtung entsprechende Erfüllungsgeschäft als erteilt.

3. Der Erteilung der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde steht die Erklärung dieser Behörde, daß eine Genehmigung nicht erforderlich sei, gleich.

In der notariellen Verhandlung v. 22. Dez. 1936 erklärte der Oberbürgermeister der Stadtgemeinde Z. als deren Vertreter folgendes: Der Generaldirektor Emil G. habe der Stadt auf Grund einer Vereinbarung v. 16. Mai 1936 einen Betrag von 100 000 *RM* zur Durchführung von Wohnungs-

bauten usw. zur Verfügung gestellt. Auf Grund der Vereinbarung und als Gegenleistung dafür verpflichte sich die Stadt, an den Geldgeber auf Lebenszeit unwiderruflich eine monatliche Rente von 500 *RM* zu zahlen. Zur Sicherung dieser Leibrentenverpflichtung bewillige und beantrage er namens der Stadt die Eintragung einer Reallast für den Geldgeber.

Das GBA. verlangte durch Zwischenverfügung Beibringung der Genehmigung des Regierungspräsidenten als Aufsichtsbehörde gem. § 78 Abs. 2 DGemO. v. 30. Jan. 1935 (= DGO.) oder Vorlage einer Bescheinigung desselben, daß dieser eine Genehmigung nicht für erforderlich halte. Die Stadt legte Beschwerde ein und brachte die Negativbescheinigung des Regierungspräsidenten bei, wonach „zur Annahme einer Schenkung" die Genehmigung entbehrlich sei. Das LG. wies die Beschwerde zurück, von der Auffassung aus, daß die Bescheinigung sich nur auf das Verpflichtungsgeschäft, nicht auf die Bestellung der Reallast beziehe. Die weitere Beschwerde der Stadt hatte Erfolg.

Das LG. ist der Ansicht, daß die Bestellung einer Reallast zwar rechtlich nicht als Bestellung einer „anderen Sicherheit" i. S. des § 78 Abs. 1 DGO. gestaltet sei, daß sie aber doch regelmäßig und vor allem im vorl. Falle der Bestellung einer Sicherheit gem. § 78 Abs. 2 DGO. wirtschaftlich gleichkomme. Diese Auffassung hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Mit der Bestellung anderer Sicherheiten i. S. des § 78 Abs. 1 und mit der einer der genannten Bestellung wirtschaftlich gleichkommenden Bestellung einer Sicherheit i. S. des § 78 Abs. 2 DGO. sind nur die Bestellung von Sicherheiten für fremde, nicht auch für eigene Verbindlichkeiten der Gemeinde gemeint. Das ergibt sich daraus, daß es sich gem. § 78 Abs. 1 DGO. um die Bestellung anderer Sicherheiten als die Übernahme von Bürgschaften und Verpflichtungen aus Gewährverträgen handeln muß und daß im § 79 DGO. die Bestellung besonderer Sicherheiten für eigene Darlehnsschulden der Gemeinde einer Sonderregelung unterworfen ist. Diese Auffassung des Gesetzgebers ist denn auch in der vorläufigen Ausführungsanweisung Ziff. 2b zu § 78 und Ziff. 1 zu § 79 DGO. zum Ausdruck gebracht worden. Im vorl. Fall ist aber die Bestellung der Reallast zur Sicherung einer eigenen Leibrentenverpflichtung der Stadt erfolgt. Der Senat ist dadurch in die Lage versetzt, unter eigener tatsächlicher Würdigung des Sachverhalts zu prüfen, ob es noch einer Entscheidung der Genehmigungsbehörde bedarf. Das ist zu verneinen, weil die oben erwähnte Bescheinigung des Regierungspräsidenten die Genehmigungsbedürftigkeit verneint hat und diese Entscheidung aus den nachstehenden Erwägungen für die Grundbuchinstanzen als maßgebend anzusehen ist.

Der Senat hatte bisher im Anwendungsgebiet der Devisen-, der Erbhof- und der Schuldenregelungsgesetzgebung angenommen, daß der Erteilung der Genehmigung eine Bescheinigung der Genehmigungsbehörde, daß eine Genehmigung nicht erforderlich sei, nicht gleichstehe (vgl. HöchstRRspr. 1934 Nr. 1536 = JW. 1934, 3070; JW. 1935, 545 m. Anm. Edlinger: JFG. 12, 331 = JW. 1935, 648[1]; Vogels-Hopp, ErbhofRspr., EHRV § 15 Nr. 1). Diese Rspr., die nicht ohne Widerspruch geblieben ist (vgl. Edlinger: Anm. zu JW. 1935, 545 und Seibert, GBO., Grundbuchsonderfragen, Stichwort „Devisenrecht"), beruht auf folgenden Erwägungen: In der Übertragung der Entsch. über die Erteilung oder Versagung einer gesetzlich notwendigen Genehmigung auf eine bestimmte Behörde liege im allgemeinen nicht zugleich auch die Übertragung der Entsch. über die Genehmigungsbedürftigkeit. Über diese hätte vielmehr im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens grundsätzlich das Gericht und im Rahmen eines Grundbuchverfahrens das GBA. zu entscheiden. Deshalb müßte sich die Genehmigungsbehörde auf den Standpunkt des Gerichts oder des GBA. stellen und könnte ihrer Auffassung, daß eine Genehmigung nicht erforderlich sei, nicht durch Ausstellung einer Negativbescheinigung Ausdruck verleihen. Für das Erbhofverfahren ist inzwischen im § 66 Abs. 2 EHVfO bestimmt worden, daß die Erklärung des Anerbengerichts, daß seine Genehmigung nicht erforderlich sei, der Erteilung der Genehmigung gleichstehe. Ob an dem oben erwähnten Grundsatz insbes. für das Devisenverfahren im Hinblick auf einzelne Sondervorschriften festzuhalten sein wird, kann hier unerörtert bleiben. Denn jedenfalls kann er für das in der DGO. vorgesehene Genehmigungsverfahren keine Bedeutung beanspruchen. In der neueren Gesetzgebung sind sog. Negativbescheinigungen u. a. im § 11 Abs. 1 WohnsiedlG. vom 22. Sept. 1933, im § 66 Abs. 2 EHVfO v. 21. Dez. 1936 und im § 4 Abs. 2 GrVerkBek. v. 26. Jan. 1937 vorgesehen. Der Grundgedanke dieser Vorschriften ist folgender: Zur Wahrung der Zwecke eines Gesetzes, das die rechtswirksame Vornahme eines Rechtsgeschäfts von der Genehmigung einer Behörde abhängig macht, ist in erster Linie die Genehmigungsbehörde selbst berufen. Erklärt diese Behörde, daß eine Genehmigung nicht erforderlich sei, so müssen sich mit dieser Stellungnahme alle anderen Stellen begnügen, auch wenn sie die Rechtslage anders beurteilen sollten. Die Genehmigungsbehörde entscheidet somit endgültig auch über die Genehmigungsbedürftigkeit (so auch Hopp in seinem Komm. zur EHVfO § 66 Anm. 4; vgl. auch Vogels, REG, 4. Aufl., § 66 EHVfO). Die gegenteilige Auffassung würde zu einer oft nicht tragbaren Erschwerung des Rechtsverkehrs führen, wenn die Genehmigungsbehörde sich einem gegenteiligen Standpunkt des Gerichts oder des GBA. nicht anschließen würde. Dies gilt um so mehr, als in neuerer Zeit in steigendem Maße Rechtsgeschäfte behördlichen Genehmigungen unterworfen worden sind und vielfach dasselbe Geschäft durch mehrere Behörden zu genehmigen ist. Der Senat trägt unter diesen Umständen keine Bedenken, dieser Entwicklung Rechnung zu tragen und dem den erwähnten Vorschriften zugrunde liegenden Rechtsgedanken auch bei der Auslegung anderer neuerer Gesetze Geltung zu verschaffen, soweit dem einzelnen Sondervorschriften nicht entgegenstehen sollten. Solche Sondervorschriften sind jedenfalls in der DGO. und ihren DurchfBest. nicht enthalten. Vielmehr läßt sich der § 25 der 1. DurchfVO. zur DGO. als eine Bestätigung der Richtigkeit der hier vom Senat vertretenen Auffassung verwerten. Danach kann der Bürgermeister im Falle des § 62 DGO. dem Antrag auf eine grundbuchamtliche Eintragung eine von ihm selbst ausgestellte Erklärung beifügen, daß der Abschluß des Rechtsgeschäfts nach diesen Vorschriften genehmigungsfrei ist. Dann aber muß die Aufsichtsbehörde als Genehmigungsbehörde erst recht befugt sein, und zwar nicht nur im Falle des § 62 DGO., sondern auch bei anderen genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäften, das Geschäft mit bindender Wirkung für das GBA. für genehmigungsfrei zu erklären und ihrer Auffassung durch Erteilung einer Negativbescheinigung Ausdruck zu verleihen (vgl. auch Surén-Loschelder: Ergänzungsband z. Komm. zur DGO. 1935, § 25, § 1 DurchfVO. Anm. 2).

Die erwähnte Bescheinigung — eine öffentliche Urkunde i. S. des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO. — bezieht sich ersichtlich auf die Vereinbarung v. 16. Mai 1936, die der Regierungspräsident als Schenkung unter Auflage angesehen hat. Diese Vereinbarung enthält, abgesehen von dem Leibrentenvertrag, auch die Übernahme der Verpflichtung seitens der Stadt zur Bestellung der Reallast. Wird nun das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft genehmigt, so liegt darin gleichzeitig die Genehmigung auch für das diesem Verpflichtungsgeschäft entsprechende dingliche Erfüllungsgeschäft (so ausdrücklich § 33 Abs. 2 EHRV und § 2 Abs. 2 GrVerkBek.). Entsprechend ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn die Genehmigungsbehörde bescheinigt, daß das Verpflichtungsgeschäft nicht der Genehmigung bedarf. In diesem Falle gilt der Ausspruch der Genehmigungsfreiheit zugleich auch für das entsprechende Erfüllungsgeschäft. Demgemäß wirkt die hier in bezug auf die Vereinbarung v. 16. Mai 1936 erteilte Negativbescheinigung des Regierungspräsidenten vom 26. Mai 1937 zugleich auch in Ansehung der in der Urkunde v. 22. Dez. 1936 erklärten Bestellung der Reallast, d. h. des Erfüllungsgeschäfts.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 22. Juli 1937, 1 Wx 314/37.)

Preußisches Allgemeines Landrecht

39. KG. — Zum Begriff der „Hecke" nach § 173 I 8 ALR. Bäume können nur ausnahmsweise eine Hecke bilden. Der Grundeigentümer hat keinen Schutz gegen Schatteneinwirkungen und gegen Entziehung von Luft und Licht.

Die Parteien sind Grundnachbarn in Berlin-Grunewald. Ihre Grundstücke sind durch eine Mauer getrennt, hinter der der Bekl. auf seinem Grundstück in Höhe des Hauses der Kl. 7 Ahornbäume und 1 Kastanie in einem Seitenabstand von 1 ½ m und einem Abstand von der Grenzmauer von etwa 60—100 cm unterhält. Die Kl. behauptet, durch die heckenähnliche Anlage der Ahornbäume würden ihrem Grundstück Licht und Luft entzogen, auch litten ihr Haus und ein eiserner Zaun fortschreitend unter der Feuchtigkeit, die durch die Schatteneinwirkung der Bäume verursacht werde. Sie hat, gestützt vornehmlich auf § 173 I 8 ALR. und einen Beschluß des erk. Sen. v. 6. März 1936 (2 W 6010/35) vom Bekl. verlangt: Verschneidung der Bäume auf 2,40 m Höhe, damit der Zutritt von Licht und Luft zu den im Grundstück der Kl. nach der Ahornbaumreihe zu gelegenen Räumen und zu den an der Südseite des Grundstücks vorgenommenen Anpflanzungen nicht gehindert werde; ferner Erhaltung des begehrten Zu-

standes, evtl. Beseitigung der Bäume. Das BG. hat das klageabweisende Urteil des LG. mit folgender Begründung bestätigt:

Zwar vermag sich der Senat den Ausführungen des angefochtenen Urteils insoweit nicht anzuschließen, als in ihnen eine geradlinige Anpflanzung der Baumreihe als Erfordernis einer heckenähnlichen Baumanlage angesehen wird. Dagegen tritt er der entscheidenden Erwägung des LG. bei, daß Bäume, deren Stämme in Abständen von mindestens 1,50 m nebeneinanderstehen, grundsätzlich keine Hecke i. S. der §§ 170 ff. I 8 ALR. bilden. Nur ausnahmsweise kann dies der Fall sein, wenn durch Wurzel- oder Stammschößlinge unmittelbar über dem Erdboden eine heckenartige Verbindung zwischen den Stämmen hergestellt wird oder, wie bei Pyramidenpappeln, die Äste kurz über dem Erdboden ansetzen und sich daher bereits in dieser Tiefe mit den Ästen der Nachbarbäume verflechten. — Die Ausführungen des von der Kl. angezogenen Beschlusses des erk. Sen. v. 6. März 1936, in dem es sich um einen besonders gelagerten Einzelfall handelte, sind nur mit dieser Einschränkung zu verstehen.

Eine weitergehende Auslegung des Begriffes der Hecke würde nicht nur dem allgemeinen Sprachgebrauch, sondern auch dem Zweck der die Anlage von Zäunen usw. betr. §§ 147 ff., insbes. §§ 170 ff. I 8 ALR. widersprechen. Danach sollen städtische Grundstücke und Gärten eingefriedigt werden zum Schutze gegen das Eindringen von Menschen und Tieren, und zwar sollen dabei nach Möglichkeit an Stelle von Zäunen u. dgl. lebendige Hecken verwandt werden. Daraus ergibt sich, daß als lebende Hecke im Sinne dieser Vorschriften nur eine solche Anpflanzung angesehen werden kann, die in ähnlicher Weise wie ein Zaun ein vom Erdboden aufsteigendes wandartiges Hindernis für Menschen und Tiere bildet. Nur in Ansehung derartiger die Grundstücksgrenze schützender Hecke bestimmt § 173 a. a. O., daß durch ihre Anlage der Nachbar nicht geschädigt werden dürfe.

Im vorl. Falle wird das Grundstück der Kl. dadurch beeinträchtigt, daß die Kronen einer Reihe von Bäumen, die auf dem Grundstück des Bekl. in der Nähe der gemeinsamen Grenze stehen, ihr Grundstück beschatten; die Stämme dieser Bäume stehen mindestens 1,50 m auseinander, ohne durch Stammschößlinge miteinander in heckenartiger Weise verbunden zu werden. Die Baumanlage ist also weder nach dem Sprachgebrauch, noch bei sinngemäßer Auslegung der §§ 170 ff. I 8 ALR. als heckenartig anzusehen und unterliegt daher nicht der Schutzvorschrift des § 173

Einen Schutz gegen Schatteneinwirkungen und gegen Entziehung von Luft und Licht in der von der Kl. behaupteten Art gewähren im übrigen aber weder die Vorschriften des ALR., noch die des BGB.

Welche unwägbaren nachbarlichen Einwirkungen auf sein Grundstück der Eigentümer verbieten kann, ist der Vorschrift des § 906 BGB. zu entnehmen, die — neben den aufrecht erhaltenen landesgesetzlichen Vorschriften — das in den §§ 903 und 1004 BGB. grundsätzlich gewährte Verbietungsrecht auf dem Gebiete der unwägbaren Einwirkungen dem Gegenstand und Umfange nach erschöpfend regelt. Danach kann der Eigentümer nur solche Einwirkungen verbieten, die in positiver Weise vom Nachbargrundstück her auf sein Grundstück stofflich herüberwirken, sich also als Zuführungen von Stoffen oder vom Bewegungswillen der Luft, des Lichts oder des Erdreichs darstellen. Dagegen wird dem Grundeigentümer ein nachbarrechtlicher Schutz gegen sog. negative Einwirkungen, d. h. gegen Entziehung z. B. von Licht und Luft durch Anlagen auf dem Nachbargrundstück nach dem Wortlaut des § 906 BGB. nicht gewährt. Dies ist in der Rspr. und auch vom RG. wiederholt ausgesprochen worden. Die beiden von der Kl. angezogenen Entsch. des RG. berühren die Frage einer Ausdehnung des nachbarrechtlichen Schutzes gegenüber negativen Einwirkungen nicht, sondern behandeln die Frage, ob und wenn der Grundeigentümer verpflichtet ist, von seinem Grundstück ausgehende, durch Naturkräfte ausgelöste positive Einwirkungen (Steinschlag) zu verhindern.

Daß aber der Bekl. durch die Unterhaltung der streitigen Baumanlage die Kl. in einer i. S. des § 226 BGB. schikanösen oder i. S. des § 826 BGB. sittenwidrigen Weise schädige, ist von der Kl. nicht behauptet worden und kann auch dem Sachverhalt nicht entnommen werden. Der Bekl. unterhält, wie die Kl. nicht bestritten hat, die Anpflanzung, um seinen Garten gegen Einblick aus dem Hause der Kl. abzudichten. Der Grundeigentümer verstößt aber nicht schon dann gegen die guten Sitten, wenn er zu einem erlaubten Zwecke sein Grundstück in einer Weise benutzt, die, ohne positiv über die Grenzen hinauszuwirken, das Nachbargrundstück beeinträchtigt.

(KG., 2. ZivSen., Urt. v. 15. Juni 1937, 2 U 1011/37.)

*

40. RG. — §§ 88 ff. II 10 PrALR. Die einem preußischen Staats- oder Gemeindebeamten für seine Rechnungs- und Kassenführung erteilte Entlastung bedeutet nur eine Quittung; sie schließt den nachträglichen Gegenbeweis der Unrichtigkeit nicht aus.

Der Bekl. war von Nov. 1924 bis zum 12. Juni 1933 Gemeindevorsteher der klagenden Gemeinde. Bis zum 11. Sept. 1927 war er gleichzeitig Steuererheber. Insoweit trat von da an der Steuererheber D. an seine Stelle.

Die Kl. behauptet, daß sich nach dem Ausscheiden des Bekl. aus seiner Stellung als Gemeindevorsteher Fehlbeträge in der Gemeindekasse ergeben hätten, für die er ersatzpflichtig sei. Die Gemeinde habe ein Konto bei der Kreissparkasse gehabt. Von diesem Konto habe der Bekl. Beträge abgehoben, die er weder selbst im Gemeinderechnungsbuch verbucht habe noch in der späteren Zeit durch den Steuererheber D. habe verbuchen lassen.

Der Bekl. bestreitet in erster Reihe, daß überhaupt wirkliche Fehlbeträge in der Gemeindekasse entstanden seien. Die Kl. könne ihn, den Bekl., aber auch deshalb nicht mehr für etwaige Fehlbeträge verantwortlich machen, weil ihm die Gemeindevertretung alljährlich Entlastung erteilt habe.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Der Beschwerdegegenstand beläuft sich nur auf 1100 *RM.* Gleichwohl ist die Rev. nach § 547 Nr. 2 ZPO., § 71 Abs. 3 GVG., § 39 Abs. 1 Nr. 3 PrAusfG. z. GVG. zulässig.

Auf die Fehlbeträge, die in der Kasse der klagenden Gemeinde bis zum 31. März 1933 entstanden sein sollen, ist das BG. sachlich nicht eingegangen, und zwar deshalb nicht, weil sich der Bekl. darauf berufen könne, daß ihm die Gemeindevertretung der Kl. bis dahin Entlastung erteilt habe. Durch die alljährlich beschlossene Entlastung habe die Gemeindevertretung anerkannt, daß die Gemeinde keinen Anspruch mehr gegen den Bekl. aus dessen Geschäftsführung habe. Dieses Anerkenntnis könne nicht durch den Nachweis entkräftet werden, daß doch noch Ansprüche bestanden hätten. Der Sinn der Entlastung sei vielmehr, die Rechtslage abschließend festzulegen, so daß grundsätzlich auf die frühere Rechtslage nicht mehr zurückgegriffen werden könne.

Ob dieser Standpunkt des BG. durch die von ihm angeführte Entsch. des 2. ZivSen. des RG. v. 21. Sept. 1926, II 46/26: JurRdsch. 1926 Rspr. Nr. 2021, für bürgerlich-rechtliche Verhältnisse gerechtfertigt wird, kann dahingestellt bleiben. Für öffentlich-rechtliche Verhältnisse trifft er jedenfalls nicht zu. Nach der ständigen Rspr. des erk. Sen. (Urt. v. 14. Nov. 1930, III 15/30: R. u. PrVerwBl. 52, 452; vom 20. März 1934, III 302/33: JW. 1934, 1650 [9] = HöchstRRspr. 1934 Nr. 1150 und RVerwBl. 55, 901; v. 20. Okt. 1936, III 8/36: JW. 1937, 995 [8]) bedeutet die einem preußischen Staats- oder Gemeindebeamten für seine Rechnungs- und Kassenführung erteilte Entlastung nur eine Quittung; sie schließt den nachträglichen Gegenbeweis ihrer Unrichtigkeit nicht aus. Diesen Gegenbeweis hat das BG. hier also der Kl. zu Unrecht verschlossen. Weist die Kl. nach, daß in den Rechnungen, auf Grund deren Entlastung erteilt worden ist, Gelder nicht berücksichtigt worden sind, die der Bekl. von dem Sparkassenguthaben der Gemeinde abgehoben hatte, so hat sie damit den ihr offenstehenden Gegenbeweis gegen die Entlastung geführt. Diese ist dann insoweit entkräftet, die regelmäßige Beweislastverteilung tritt wieder ein. Der Bekl. hat nunmehr darzutun, daß die von ihm vereinnahmten Gelder für Zwecke der Kl. verwendet worden sind. Kann er das nicht, so ist er ersatzpflichtig.

Die Feststellung des BG., die Gemeindevertretung der Kl. habe dem Bekl. bis zum 31. März 1933 Entlastung erteilt, wird — wenigstens für die Zeit v. 12. Sept. 1927 an, von wo an der Bekl. nur noch Gemeindevorsteher der Kl. war — von der Rev. ebenfalls mit Recht beanstandet. Nach den Niederschriften über die Sitzungen der Gemeindevertretung der Kl., welchen Niederschriften das BG. jene Feststellung entnommen hat, ist die Entlastung erteilt worden dem „Rechnungsleger“ oder, wie es auch heißt, dem „Gemeinde-Rechner“, dem „Rechner“, dem „Gemeindekassenrechner“. Gemeinderechner war seit dem 12. Sept. 1927 nicht mehr der Bekl., sondern D. Gleichwohl glaubt das BG., die Entlastung auch auf den Bekl. beziehen zu können, da er (als Gemeindevorsteher und damit) als Vorgesetzter des D.

insoweit auch für die Rechnung verantwortlich gewesen sei, so daß auch ihm Entlastung hätte erteilt werden müssen. Es ist zweifelhaft, ob das BG. bei dieser Erwägung von einer rechtlich zutreffenden Beurteilung der Stellung ausgegangen ist, die der Bekl. seit dem genannten Zeitpunkt inne hatte.

Nach § 88 Abs. 4 Nr. 4 PrLGemO. für die östlichen Provinzen v. 3. Juli 1891 (GS. 233) hat der Gemeindevorsteher das Rechnungs- und Kassenwesen der Gemeinde, soweit er es nicht selbst führt, zu beaufsichtigen. Seit dem Amtsantritt des Steuererhebers D. hatte dieser Kasse und Rechnung zu führen. Der Bekl. hatte ihn also nur zu beaufsichtigen. Daß sich die Gemeindevertretung der Kl. bei der alljährlichen Prüfung der Gemeinderechnung mit der Erfüllung dieser dem Bekl. obliegenden Aufsichtspflicht befaßt hat und daß sie ihm deswegen Entlastung hat erteilen wollen, dafür fehlt es in den Niederschriften über die fraglichen Sitzungen der Gemeindevertretung an jedem Anhalt. Dagegen spricht vielmehr, daß nach verschiedenen dieser Niederschriften die eigentliche Kassenprüfung vom Gemeindevorsteher, also vom Bekl., unter Zuziehung einiger anderer Gemeindevertreter vorgenommen worden ist. Daß der, dem Entlastung erteilt werden soll, bei der dieser Entlastung vorhergehenden Geschäftsprüfung selbst mitwirkt, muß als ausgeschlossen bezeichnet werden. Damit, daß dem Bekl. habe Entlastung gewährt werden sollen, ist außerdem schwerlich vereinbar, daß er nach der bisher nicht widerlegten Behauptung der Kl. bei den Entlastungsbeschlüssen mitgestimmt hat. Ob nicht dadurch der Entlastung selbst jede rechtliche Bedeutung, die ihr etwa zugunsten des Bekl. innewohnen könnte, genommen worden ist, wird das BG. gegebenenfalls noch prüfen müssen.

Nach dem Vorbringen der Kl. hat sich der Bekl. nicht auf die Beaufsichtigung des Rechnungs- und Kassenwesens der Gemeinde beschränkt, sondern ist insofern unmittelbar darin tätig geworden, als er selbst von dem Sparkassenguthaben der Kl. Beträge abgehoben hat. Daß ihm für die Verwendung dieser Beträge Entlastung erteilt worden ist, kann aber nicht als genügend dargetan angesehen werden. (Wird weiter ausgeführt.)

(RG., III. ZivSen., U. v. 10. Aug. 1937, III 30/37.) [v. B.]

Reichsfinanzhof

[>< Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt]

41. §§ 27 Abs. 6 Nr. 1, 20, 10 UrkStG. Zivilprozeßvollmachten sind auch dann von der Urkundensteuer befreit, wenn sie zur Empfangnahme von Geld und Wertsachen ermächtigen und eine Vereinbarung über die Vernichtung der Handakten enthalten.

I. Dem beschwerdeführenden Rechtsanwalt ist Zivilprozeßvollmacht erteilt worden. Er soll auch ermächtigt sein, „Geld und Wertsachen in Empfang zu nehmen".

FinA. und FinGer. halten die Befreiungsvorschrift des § 27 Abs. 6 Ziff. 1 UrkStG. aus folgenden Gründen nicht für anwendbar. Inhalt und Umfang einer Prozeßvollmacht bestimmten sich nach § 81 ZPO. Über den Inhalt einer Prozeßvollmacht gehe eine Vollmacht dann hinaus, wenn sie, wie hier, den Bevollmächtigten schlechthin zur Empfangnahme von Geld und Geldeswert ermächtige, also nicht nur zur Empfangnahme des Streitgegenstands. Diese allgemeine Ermächtigung beschränke sich keineswegs allein auf den Streitgegenstand und die vom Gegner zu erstattenden Kosten. Wenn der Bevollmächtigte ohne Einschränkung, wenn auch in einer bestimmten Prozeßsache, Wertsachen in Empfang nehmen dürfe, so könnten darunter auch Gegenstände fallen, die vom Gegner z. B. zur Sicherung der Ansprüche des Vollmachtgebers übereignet würden, insbes. auch im Hinblick darauf, daß der Bevollmächtigte berechtigt sei, dem Gegner Stundung zu gewähren, so daß es naheliege, anzunehmen, daß der Bevollmächtigte durch die allgemeine Fassung („Geld und Wertsachen") auch zur Empfangnahme irgendwelcher Sicherheiten ermächtigt werden solle.

Die RBeschw. des Steuerpflichtigen führt zur Freistellung von der Vollmachtsteuer.

Zunächst ist die Auffassung zurückzuweisen, daß die Vollmacht den BeschwF. ermächtige, schlechthin Geld und Wertsachen in Empfang zu nehmen. Berücksichtigt man die Auslegungsvorschrift des § 133 BGB. und den Zusammenhang des Urkundeninhalts insgesamt, so ergibt sich als selbstverständlich, daß nur solche Gelder und Wertsachen gemeint sind, die zu dem in der Urkunde bezeichneten Zivilprozeß in Beziehung stehen und dem Vollmachtgeber aus Anlaß des Verfahrens ausgehändigt werden sollen.

Die Empfangnahme von Geld und Wertsachen in diesem beschränkten Umfang schließt die Befreiung nach § 27 Abs. 6 Ziff. 1 nicht aus. Die Vorschrift, daß Prozeßvollmachten auch dann steuerfrei sind, wenn sie zur Empfangnahme des Streitgegenstands ermächtigen, ist aus dem SächsStempStG. übernommen worden, und zwar deshalb, weil diese Zusatzbestimmung den Bedürfnissen des Verkehrs gerecht wird und Streitfragen vermeidet (Begründung zum UrkStG. [RStBl. 1936, 500]). Diesem Zweck der Vorschrift würde es widersprechen, wenn man sie allzu eng auslegen und man dadurch doch wieder zu Unterscheidungen und Erwägungen genötigt würde, die der Anschauung der beteiligten Volkskreise unberechtigt erscheinen müßten. Die Auslegung der Befreiungsvorschrift i. S. des § 1 Abs. 2 StAnpG. erfordert es daher, Zivilprozeßvollmachten auch dann steuerfrei zu lassen, wenn sie zur Empfangnahme von Geld und Wertsachen in einem bestimmten Prozeßverfahren ermächtigen.

II. Die Vorinstanzen haben die Klausel über die Vernichtung der Handakten der Vertragsteuer nach § 20 UrkStG. mit 3 RM unterworfen. Aus dem Wortlaut der Urkunde und aus dem Umstand, daß ein Vordruck des Rechtsanwalts, also des anderen Vertragschließenden, benutzt worden ist, haben sie gefolgert, daß eine einseitig unterzeichnete Vertragsurkunde i. S. des § 2 Abs. 1 Nr. 2 b UrkStG. vorliege. Dies bleibe dahingestellt. Es trifft zwar zu, daß die Klausel nicht Bestandteil der Vollmachterteilung ist und somit nach § 10 UrkStG. eine Steuer dafür in Frage kommen kann. § 20 UrkStG. setzt indes einen Vertrag über einen vermögensrechtlichen Gegenstand voraus. Die erwähnte Klausel ist ein nebensächlicher Punkt des im übrigen nicht beurkundeten Mandatsvertrags zwischen dem Anwalt und seinem Auftraggeber. Der Mandatsvertrag ist zwar vermögensrechtlicher Natur, die Handakten-Klausel allein betrifft nur die bürotechnische Abwicklung des Mandats. Der wirtschaftlichen Bedeutung des § 20, die gemäß § 1 Abs. 2 StAnpG. bei der Auslegung zu berücksichtigen ist, würde es daher nicht entsprechen, die Handakten-Klausel für sich allein zur Grundlage einer Besteuerung nach § 20 zu machen.

Die vorstehende Auffassung über den Begriff des vermögensrechtlichen Gegenstands i. S. des § 20 UrkStG. steht nicht im Widerspruch zu der Gesetzesbegründung (RStBl. 1936, 491). Die dort angeführten Verträge rein familienrechtlicher Art erschöpfen nicht etwa den Gegensatz zu Verträgen vermögensrechtlicher Art, wie im Schrifttum gelegentlich angenommen wird, sondern sind nur beispielsweise genannt.

(RFH., Entsch. v. 1. Okt. 1937, II A 60/37.)

(Vgl. RStBl. v. 22. Okt. 1937.)

*

42. § 27 Abs. 6 Nr. 1 UrkStG. Strafprozeßvollmachten, die zur Empfangnahme von Geldern, Wertsachen und Dokumenten berechtigen, sind nicht mehr stempelsteuerpflichtig.

Den beschwerdeführenden Rechtsanwälten ist Vollmacht zur Vertretung in einem Strafverfahren erteilt worden. Nach dem dazu benutzten Vordruck gewährte die Vollmacht auch das Recht, „Gelder, Wertsachen und Dokumente in Empfang zu nehmen". Streitig ist, ob durch diesen Zusatz die Anwendbarkeit der Befreiungsvorschrift des § 27 Abs. 6 Nr. 1 UrkStG. ausgeschlossen wird. Die Frage ist zu verneinen.

Zunächst ist die Auffassung zurückzuweisen, daß die Vollmacht den BeschwF. ermächtigt, schlechthin Gelder usw. in Empfang zu nehmen. Berücksichtigt man die Auslegungsvorschrift des § 133 BGB. und den Zusammenhang des Urkundeninhalts insgesamt, so ergibt sich als selbstverständlich, daß nur solche Gelder usw. gemeint sind, die zu dem Strafverfahren in Beziehung stehen und dem Vollmachtgeber aus Anlaß des Verfahrens ausgehändigt werden sollen. Der BeschwF. erwähnte als Beispiel die Empfangnahme einer Buße, die bei Beleidigung oder Körperverletzung dem geschädigten Vollmachtgeber zuerkannt wird, oder von Devisen und Wertpapieren, deren Beschlagnahme aufgehoben worden ist, auch an Gelder, die dem bestohlenen Vollmachtgeber zurückgegeben werden sollen, kann gedacht sein (§ 111 StPO.).

Die Befreiungsvorschrift in § 27 Abs. 6 Nr. 1 UrkStG. darf nicht eng ausgelegt werden (vgl. Urt. II A 60/37 v. 1. Okt. 1937). Die Empfangnahme von Geldern usw. in dem dargelegten beschränkten Umfang gehört daher noch im Sinne der Befreiungsvorschrift zur Vertretung in dem Verfahren vor den Strafbehörden. Bei Verfahren mit einem „Streitgegenstand", wie z. B. beim Zivilprozeß, wird die Befreiung auch dann gewährt, wenn die Vollmacht über den Rahmen der Prozeßhandlungen hinaus zu dem materiell rechtlichen Geschäft der Empfangnahme des Streitgegen-

standes ermächtigt. Dem entspricht beim Strafprozeß die Empfangnahme von Geldern in dem dargelegten Umfang.

Die Vorschrift, daß Prozeßvollmachten auch dann steuerfrei sind, wenn sie zur Entgegennahme des Streitgegenstandes ermächtigen, ist aus dem sächsischen StempStG. übernommen worden (Begründung zum UrkStG. [RStBl. 1936, 500]).

Auch die sächsische Verwaltungsübung ließ solche Strafprozeßvollmachten stempelfrei, die nach dem verwendeten Formular zur Empfangnahme von Geldern, Wertsachen usw. ermächtigten (vgl. Böhme-Lorey, „SächsStempStG.", 2. Aufl., Anm. 27 e zu Tarifstelle 33 S. 541).

Die BeschwF. sind daher von der Vollmachtssteuer freizustellen.

(RFH., 2. Sen., Urt. v. 1. Okt. 1937, II A 267/37 S.)

Bemerkung zu Nr. 41 und 42: Vgl. hierzu den Aufsatz „Prozeßvollmacht und Urkundensteuer" in diesem Heft S. 2890. D. S.

*

× **43. § 15 EinkStG. 1934. Bei einem größeren gewerblichen Unternehmen kann die Gründung einer OHG. zwischen dem bisherigen, in vorgerücktem Alter stehenden Alleininhaber und seinem zum Betriebsführer geeigneten erwachsenen Sohn unter Beteiligung des Sohns am Gewinn in der Regel nicht als steuerlich unbeachtliche Scheingründung angesehen werden, wenn der Vater zunächst noch an der Betriebsführung und dem Betriebsergebnis mitbeteiligt bleibt.**

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 11. Aug. 1937, VI A 481/37.)

*

× **44. §§ 3 Abs. 1 Nr. 2, 22 ErbschStG. Zur Bewertung einer freigebigen Zuwendung, die die Entschuldung eines Bauernhofs ermöglichen soll.**

Im Jahre 1934 beantragte der Schwiegersohn des BeschwF. für seinen landwirtschaftlichen Betrieb die Einleitung des Entschuldungsverfahrens. Um eine Entschuldung durch Zwangsvergleich zu ermöglichen, verpflichtete sich der BeschwF. in einer notariellen Verhandlung v. 19. Okt. 1936, seinem Schwiegersohn zur Verzinsung und Tilgung seiner Schulden jährlich den Betrag von 754,96 RM zur Verfügung zu stellen. Dadurch sollte die Deckung für die zur Durchführung der Entschuldung aufzubringenden Jahresleistungen geschaffen werden.

Mit Recht geht das FinGer. davon aus, daß grundsätzlich auch solche freigebige Zuwendungen steuerpflichtig sind, die zu dem Zweck gemacht werden, einem Bauern die Entschuldung seines Hofes zu ermöglichen, und daß die Befreiungsvorschrift des § 18 Abs. 1 Nr. 14 ErbschStG. in solchen Fällen nicht Platz greift. Der Umstand, daß das Entschuldungsverfahren wesentlich auch zur Erhaltung des Bauernstands und damit zum Besten der deutschen Volksgemeinschaft eingeführt ist, steht der Besteuerung solcher Zuwendungen nicht entgegen. Auch darin ist dem FinGer. beizutreten, daß der BeschwF. dem Schwiegersohn ein geschlossenes Recht auf Zuschüsse zur Verzinsung und Schuldentilgung, also ein für den Schwiegersohn nutzbares Stammrecht zugewendet hat, und daß deshalb dieses Stammrecht und nicht der einzelne Zuschuß als Gegenstand der Schenkung zu versteuern ist. Aus den vom Senat beigezogenen Akten des Entschuldungsamts A. ergibt sich, daß der BeschwF. zunächst unter dem 4. Nov. 1934 Zuschüsse durch Übernahme von Zinszahlungen für eine Hypothek zugesagt hatte unter der Voraussetzung, daß ihm seine Vermögenslage die Zahlung ermögliche. Das Entschuldungsamt verlangte jedoch, um die Entschuldung überhaupt möglich zu machen, eine unbedingte Zahlungsverpflichtung, da nur eine solche Verpflichtung beim Entschuldungsverfahren in Rechnung gestellt werden könne. Es soll nach der Darstellung des BeschwF. auch den Wortlaut der Verpflichtung vorgeschrieben haben. Daraufhin hat dann der BeschwF. die vorl. Verpflichtung beurkunden lassen. Hieraus ist zu entnehmen, daß die Zuwendung eines uneingeschränkten einheitlichen Rechts auf die Zuschüsse gewollt gewesen ist, da nur diese die erforderliche gesicherte Deckung der Jahresleistungen brachte.

Bedenken bestehen aber gegen die Feststellung des FinGer., daß ein Stammrecht auf jährliche Zuschüsse in Höhe von 754,96 RM zugewendet worden ist. Insoweit hält sich das FinGer. zu eng an den Wortlaut der Verpflichtungsurkunde. Der BeschwF. hat eingewendet, daß es sich nur um eine Sicherung der Jahresleistung handle und daß seine Zusage nur zu einer Zuwendung führe, wenn er Zahlung leisten müsse und auf Ersatz verzichte. Daß der BeschwF. keinen Anspruch auf Ersatzleistung für die Zuschüsse hat, diese vielmehr unentgeltlich gegeben werden sollen, konnte das FinGer. aus der Urkunde allerdings unbedenklich entnehmen. Im übrigen aber will der BeschwF. anscheinend behaupten, daß der Schwiegersohn das ihm zugewendete Recht auf Zuschüsse nur insoweit ausnützen darf, als es ihm nicht gelingt, das Geld für die Jahresleistungen aus den Erträgen des Hofes oder anderen Mitteln selbst aufzubringen. Der Betrag von 754,96 RM stellt den Unterschied zwischen dem Betrag der notwendigen Jahresleistung einerseits und der Zinsleistungsgrenze zuzüglich Zinsen aus den dem Schwiegersohn gehörigen Pfandbriefen anderseits dar. Da die Zinsleistungsgrenze aus dem Betriebswert nach einem festen Satz abgeleitet wird, also auf einer Durchschnittsschätzung beruht, ist es möglich, daß sie hinter dem tatsächlichen Ertrag zurückbleibt, der Schwiegersohn also die Jahresleistungen in weiterem Umfange, als angenommen worden ist, aus eigenen Einkünften decken kann. Daß der BeschwF. ihm auch dann den vollen Jahresbetrag von 754,96 RM zahlen will und soll, ihm also im Ergebnis vorbehaltlos eine jährliche Rente in dieser Höhe zugewendet hat, kann nicht ohne weiteres unterstellt werden. Da das FinGer. den Fall nach dieser Richtung hin nicht geprüft hat, war die Vorentsch. aufzuheben. Es ist nunmehr Aufgabe des FinGer., diese Prüfung nachzuholen. Ergibt sich dabei, daß nach dem Willen der Beteiligten und der tatsächlichen Handhabung des Abkommens der Betrag von 754,96 RM nur die Höchstgrenze für die Leistungen des BeschwF. darstellt, so wäre bei Errechnung des Kapitalwerts des zugewendeten Stammrechts der Jahreswert der Leistungen nach § 17 Abs. 3 RBewG. 1934 anderweit festzusetzen.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 8. Juli 1937, III e A 14/37 S.)

*

× **45. §§ 1 Nr. 1, 2 Abs. 1 UmsStG. 1934. Der freiberufliche Tierarzt, der die amtliche Fleischbeschau in Bayern ausübt, ist mit seinen Einnahmen aus dieser Tätigkeit umsatzsteuerpflichtig. †)**

Nach der ständigen Rspr. des Senats (vgl. insbes. Entsch. vom 27. April 1928, V A 621/27: RFH. 23, 189 = JW. 1929, 530; Entsch. v. 21. April 1932, V A 399/31: RStBl. 1932, 809; vom 17. Mai 1935, V A 369/34: RStBl. 1935, 1115) sind die im freien Beruf stehenden Tierärzte für ihre Einnahmen aus der ihnen gegen festgesetzte Gebühren oder feste Beträge amtlich übertragenen Fleischbeschau umsatzsteuerpflichtig. Im vorl. Fall sind keine anderen Verhältnisse gegeben als in den Fällen, die früher i. S. dieser die Einwände des BeschwF. bereits berücksichtigenden Rspr. entschieden wurden. Die Schlacht- und Fleischbeschau geht zurück auf reichsgesetzliche Vorschriften (Ges. betr. die Schlachtvieh- und Fleischbeschau v. 3. Juni 1900 [RGBl. 547], §§ 1, 23). Die damit betrauten Tierärzte umsatzsteuerrechtlich verschieden zu behandeln, wäre nur unter ganz besonderen Verhältnissen möglich. Solche sind aber hier nicht gegeben.

Wenn die zur Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Aufgabe der Fleischbeschau berufene Körperschaft des öffentlichen Rechts diese Aufgabe dadurch erfüllt, daß sie einen nicht beamteten Tierarzt damit betraut, so wird dieser durch diese Betrauung allein nicht in eine Stellung überführt, die die eines Beamten oder eines Angestellten ist oder ihr gleicht. Es liegt dann vielmehr einer der Fälle vor, in denen sich die Körperschaft des öffentlichen Rechts zum Erfüllen einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe einer Person bedient, die eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübt, also eines Unternehmers i. S. des Umsatzsteuerrechts (vgl. § 1 Ziff. 1 UmsStG. 1934 und § 3 Abs. 4 UmsStDurchfBest. 1934; Urt. v. 13. Nov. 1936, V A 378/36: RFH. 40, 196; v. 20. Nov. 1936, V A 459/36: RFH. 40, 198 = JW. 1937, 492). Der freiberufliche Tierarzt, wie der aus einem anderen freien Beruf oder aus einem Gewerbe mit der Fleischbeschau Beauftragte, wird durch eine solche Betrauung nicht nur dann nicht zum Beamten oder Angestellten, wenn er von Fall zu Fall oder je nach dem Umfang seiner Dienstleistung bezahlt wird, sondern auch dann nicht, wenn er feste Bezüge erhält. Ebensowenig wie das Gewähren fester Bezüge kann die Vereidigung des Fleischbeschauers auf das gewissenhafte Erfüllen seiner Obliegenheiten, das ihm bei Nichtzahlung der Schlachtsteuer zustehende Beschlagnahmerecht oder seine Gebundenheit an bestimmte Anordnungen einer Aufsichtsbehörde, insbes. bezüglich der Bestellung des Vertreters, der Altersgrenze und der disziplinarrechtlichen Stellung, eine Beamteneigenschaft oder ein beamtenähnliches Angestelltenverhältnis begründen, wenn der StPfl. nicht förmlich in einem öffentlich-rechtlichen Beamten- oder Angestelltenverhältnis steht.

Die Entsch. der beaufsichtigenden oder der für die Gehaltskürzung oder für die versicherungs- oder arbeitsrechtlichen Fragen zuständigen Behörden können die Entsch. der umsatzsteuerrechtlichen Frage nicht beeinflussen (vgl. auch Urt. v. 30. Okt. 1936, V A 174/36: RFH. 40, 323). Anderseits zwingt der Grundsatz, daß wirtschaftlich gleichliegende Tatbestände umsatzsteuerrechtlich gleichmäßig zu behandeln sind, dazu, die bayerischen Fleischbeschauer nicht anders zu behandeln als die preußischen und als die — ähnlich wie die bayerischen bestellten — mecklenburgischen Fleischbe-

schauer, die festbesoldeten nicht anders, als die nach dem Umfang ihrer jeweiligen Tätigkeit bezahlten.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 4. Juni 1937, V A 493/36 S.)

Anmerkung: Die Umsatzsteuerpflicht der als amtliche Fleischbeschauer tätigen freiberuflichen Tierärzte hat den RFH. schon sehr häufig beschäftigt. Die Stellung dieser nicht beamteten Fleischbeschauer ist in den einzelnen Ländern durch die verschiedenen Ausführungsvorschriften zum RGes. v. 3. Juni 1900 betr. die Schlachtvieh und Fleischbeschau nicht einheitlich geregelt. Mehr oder minder übereinstimmend haftet der Einrichtung jedoch ein gewisser obrigkeitlicher Nimbus an, der immer wieder dazu führte, daß ihre Vertreter als Behördenorgane behandelt werden wollten und demgemäß wegen Unselbständigkeit die Umsatzsteuerpflicht bestritten. Nach den Besonderheiten der Einrichtung dürfte dies sehr wohl begreiflich sein; viele sie kennzeichnende Merkmale passen zweifellos nicht ohne weiteres in den Rahmen der Vorstellungen, die man sich von einem umsatzsteuerpflichtigen Unternehmer landläufig zu machen pflegt. So, wenn der Tätigkeitsbereich der Fleischbeschauer durch staatliche Ausführungsbestimmungen geregelt wird, die in Gesetzblättern veröffentlicht werden, wenn hier vielfach von der Ausübung eines „Amtes" oder einer „amtlichen Tätigkeit" gesprochen wird, wenn die Fleischbeschauer als „Aufsichtsorgane der Polizei" bezeichnet werden, die den Anordnungen der Aufsichtsbehörde Folge zu leisten, ihre „Dienstanweisungen" zu erfüllen, den Eid auf die gewissenhafte Erfüllung ihrer Pflichten abzulegen haben usw.; ferner, wenn ihnen eine Vergütung in Form von festen Bezügen aus der Staatskasse gewährt oder gar das Recht erteilt wird auf die Erhebung von Gebühren, die bei Nichtbezahlung im Verwaltungswege eingetrieben werden; weiterhin, wenn den Fleischbeschauern vereinzelt sogar ein Beschlagnahmerecht eingeräumt wird usw. usw.

Die Versuche, auf Grund dieser Besonderheiten die Selbständigkeit der nichtbeamteten Fleischbeschauer und damit die Unternehmereigenschaft zu bestreiten, hat der RFH. in einer nunmehr als feststehend anzusehenden Rspr. abgelehnt. Als entscheidenden Gedanken hat er herausgestellt, daß hier der Staat eine öffentlich-rechtliche Aufgabe nicht selbst erledige, sondern sich zu ihrer Lösung der Angehörigen eines freien, selbständigen Berufs bediene und diesen öffentlich-rechtliche Befugnisse zur privatwirtschaftlichen Ausnutzung überlasse. Der RFH. hat die in der Regelung der einzelnen Länder mehr oder weniger auf ein Beamten- oder Angestelltenverhältnis hinweisenden Gesichtspunkte nicht als ausreichend anerkannt, um die Ausübung der Fleischbeschau durch den nichtbeamteten Beschauer der Ausübung des Amtes durch den Staat selbst gleichzusetzen. Er hat sich hierbei nach und nach mit sämtlichen Einzelzügen, die das Fleischbeschaueramt in den verschiedenen Regelungen der Länder kennzeichnen, auseinandergesetzt und nunmehr endgültig die Grenze dahin gezogen, daß die Selbständigkeit des Fleischbeschauers i. S. des Umsatzsteuerrechts so lange nicht zu bestreiten sei, als nicht ein förmliches, öffentlich-rechtliches Beamten- oder Angestelltenverhältnis vorliege; hierbei scheint dem RFH. die Begründung eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses nach der Art des DBeamtG. vorzuschweben.

Von den ergangenen früheren Entsch. des RFH. betrifft die Entsch. v. 27. April 1928 und v. 17. Mai 1935 (RFH. 23, 189; RStBl. 1935, 1115) die preußische Regelung, die Entsch. vom 21. April 1932 (RStBl. 1932, 809) die sächsische Regelung, die (allerdings nicht zur Umsatzsteuer, sondern in einer Gewerbesteuersache ergangene) Entsch. v. 2. Mai 1935 (RFH. 38, 104) die oldenburgische Regelung. Hierzu kam nunmehr in dem obengenannten Urteil die bayrische Regelung.

Abschließend hat sich der Umsatzsteuersenat schon mehrmals und auch in dem obigen Urt. v. 4. Juni 1937 auf den Standpunkt gestellt, daß die umsatzsteuerliche Behandlung der nichtbeamteten Fleischbeschauer in den einzelnen deutschen Ländern nicht verschieden sein dürfe aus Gründen der gleichmäßigen Behandlung wirtschaftlich gleichliegender Tatbestände. Danach dürfte die Rspr. zu dieser Frage nunmehr als endgültig anzusehen sein (vgl. hierzu auch Sölch: StW. 1937 Sp. 940).

RA. Emil Keßler, München.

*

× **46. § 1 Nr. 1 UmsStG. 1932; §§ 1 Nr. 1, 2 Abs. 1 UmsStG. 1934. Wer im eigenen Laden Rundfunkgeräte verkauft, handelt regelmäßig im eigenen Namen, ist also nicht Agent.**

Der Steuerpflichtige verkauft Rundfunkgeräte und Grammophone. Er hat für 1934 Umsätze in Höhe von 85 122 RM angegeben und ist aus diesem Betrag zur Umsatzsteuer herangezogen worden. Demgegenüber hat er geltend gemacht, in dem Gesamtumsatz seien 21 257 RM enthalten, die aus Teilzahlungsverträgen vereinnahmt seien; in diesen Fällen habe er als Agent der Herstellerfirma gehandelt; er sei daher nur mit der 35% des Verkaufspreises betragenden Vergütung (Provision) umsatzsteuerpflichtig, 65% = 13 817 RM seien daher vom Gesamtumsatz als steuerfrei abzusetzen. Nach fruchtlosem Einspruch hat der Steuerpflichtige Berufung eingelegt. Im Laufe des Berufungsverfahrens hat er die volle Umsatzsteuerpflicht anerkannt, soweit es sich um den Verkauf von Geräten der Herstellerfirma A. handelte. Wegen des Verkaufs von Geräten der Herstellerfirmen B. und C. hat er seinen Standpunkt aufrechterhalten. Im Streite sind hiernach geblieben 65% aus 14 326 RM = 9312 RM Umsatz. Auch die Berufung ist zurückgewiesen worden.

Die Rechtsbeschwerde kann ebenfalls keinen Erfolg haben.

Soweit der Steuerpflichtige seinen Steuerbefreiungsanspruch aufrechterhalten hat, also hinsichtlich der Verkäufe von Geräten der Herstellerfirmen B. und C., werden beim Verkaufsabschluß Formblätter folgenden Inhalts verwendet: „Unterzeichneter bestellt bei der ... (Herstellerfirma) durch Vermittlung des Einzelhändlers ... zu den nachstehenden Bedingungen folgende Gegenstände." Daraus ist nach Meinung des Steuerpflichtigen zu schließen, daß er diese Geschäfte nur als Agent, nicht als Eigenhändler tätige. Dem kann aber nicht beigetreten werden.

Nach der Rspr. des erk. Sen. (vgl. insbes. Entsch. vom 10. Dez. 1935/24. Jan. 1936, V A 31/35: RStBl. 1936, 190 = JW. 1936, 1710) handelt der Unternehmer, der im eigenen Laden Waren verkauft, regelmäßig im eigenen Namen, ist also nicht Agent, sondern Eigenhändler (oder Kommissionär); nur sehr gewichtige Gründe können ausnahmsweise zu einer anderen Beurteilung führen. Dieser Grundsatz paßt auch für den Handel mit Rundfunkgeräten. Auch hier gilt insbes., daß nach der Volksanschauung (§ 1 StAnpG.) der Käufer der Ware nur mit demjenigen in Geschäftsbeziehungen treten will und zu treten meint, der ihm im Verkaufsladen als Ladeninhaber und Verkäufer gegenübertritt. Gründe für eine ausnahmsweise andere Beurteilung sind für den Handel mit Rundfunkgeräten im allgemeinen und für den vorliegenden Streitfall im besonderen nicht gegeben. Vielmehr ist aus den Umständen, daß der Steuerpflichtige beim Barverkauf von Rundfunkgeräten unbestrittenermaßen als Eigenhändler auftritt, und daß er auch für einen Teil der Abzahlungsverkäufe dasselbe zugeben muß, zu schließen, daß er auch für den Teil der Abzahlungsverkäufe als Eigenhändler angesehen werden muß, wo die Fassung der mit den Kunden geschlossenen Formularverträge die Kennzeichen eines Agenturvertrags herauszuarbeiten sucht. Soweit dies letztere der Fall ist, muß angenommen werden, daß hierfür nicht der Grund ausschlaggebend war, daß die Herstellerfirma in der Tat mit dem Käufer in unmittelbare Rechtsbeziehungen treten wollte — wie auch der Kunde, wie erwähnt, nach der Volksanschauung nicht in unmittelbare Rechtsbeziehungen zur Herstellerfirma treten will —, sondern daß vielmehr andere wirtschaftliche Gründe für die Abfassung des Vertragsformblatts ausschlaggebend waren; seien es, wie die Vorbehörden meinen, Gründe der Sicherung der Kaufpreisrestforderungen, seien es steuerliche Gründe, oder sei es etwa der Grund, daß die Herstellerfirma durch ihre Einschaltung das Wagnis des Abzahlungsverkaufs an Stelle des wirtschaftlich schwächeren Händlers auf ihre Schultern nehmen (oder einer von ihr vorgeschobenen Finanzierungsgesellschaft aufbürden) und dadurch ihre Absatzmöglichkeiten verbreitern will. Sind aber keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen zwischen den Kunden und den Herstellerfirmen entstanden, so kann der Steuerpflichtige nicht als Agent angesehen werden.

Hiernach haben die Vorbehörden den Steuerpflichtigen mit Recht für den ganzen Umfang seiner Umsätze als Eigenhändler behandelt.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 16. Juli 1937, V A 567/36 S.)

*

47. §§ 1 Nr. 1, 2 Abs. 1 UmsStG. 1934. Ein Händler, der bei einer Mühle Mehl gegen Getreide und anderseits bei den Landwirten Getreide gegen Mehl eintauscht, ist in der Regel nicht Agent, sondern Eigenhändler.

Der BeschwF. schloß mit dem Mühlenhändler X. einen Vertrag dahingehend ab, daß dieser eine Mehlumtauschstelle einrichtete. Auf Grund dieses Vertrags wurde der BeschwF. von dem Mühlenbesitzer X. im Tauschweg gegen Getreide mit Mehl beliefert, das der BeschwF. seinerseits gegen Getreide der Landwirte eintauschte. Der Umtauschraum ist durch ein Schild mit der Aufschrift „Umtauschstelle der Mühle X." gekennzeichnet. Das FinA. und das FinGer. haben den BeschwF. mit dem gesamten Umsatz veranlagt. Der BeschwF. sieht sich als Agent des Mühlenbesitzers X. an und will daher nur die Provision versteuern. Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

Das FinGer. verweist mit Recht auf die ständige Rspr.

des erk. Sen., auf Grund deren ein Unternehmer, der im eigenen Laden Waren veräußert, nach der Verkehrsauffassung regelmäßig als Eigenhändler und nicht als Agent anzusehen ist. Nur sehr gewichtige Gründe können ausnahmsweise zu einer anderen Beurteilung führen. Solche Gründe liegen hier aber nicht vor, insbes. können aus der Anbringung des Schildes keine gegenteiligen Schlüsse gezogen werden. Denn dieses Schild ist im wesentlichen nur als Herkunftsbezeichnung der Waren zu beurteilen (vgl. Urt. v. 24. Jan. 1936, V A 31/35: RStBl. 1936, 190 = JW. 1936, 1710).

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 26. Febr. 1937, V A 1/37.)

*

48. § 288 RAbgO. In der Ablehnung einer mündlichen Verhandlung durch Urteil des FinGer. ohne vorhergehende Belehrung des Antragstellers über die Möglichkeit einer Ablehnung kann die Versagung rechtlichen Gehörs liegen.

Der BeschwF. sieht einen wesentlichen Verfahrensmangel darin, daß die von ihm beantragte mündliche Verhandlung von dem FinGer. ohne vorherige Mitteilung abgelehnt sei. Aus den Akten ist nicht zu ersehen, daß das FinGer. den BeschwF. unterrichtet hat, daß unter Umständen auch ohne mündliche Verhandlung entschieden werden würde. Gleichwohl ist die Rüge des mangelnden rechtlichen Gehörs unbegründet. Wie auch der 3. Sen. hervorgehoben hat, gibt es an sich keine Vorschrift, nach der ein FinGer., wenn es einem Antrag auf mündliche Verhandlung nicht stattgeben will, den Antragsteller davon vorher benachrichtigen müßte. Wenn der erk. Sen. trotzdem wiederholt in der Verabsäumung einer derartigen Benachrichtigung einen wesentlichen Verfahrensmangel erblickt hat, so hat es sich vorzugsweise um Fälle gehandelt, wo der StPfl. damit rechnen konnte, daß eine mündliche Verhandlung stattfinden würde, und deshalb keine ausreichenden schriftlichen Ausführungen machte, z. B. Entsch. v. 26. Aug. 1936, VI A 627/36: RStBl. 1936, 931 = JW. 1936, 3214[38] m. Anm. In diesen Fällen würde die Verabsäumung einer Benachrichtigung durch das FinGer. insofern gegen die Verfahrensgrundsätze der RAbgO. verstoßen, als der StPfl. Anspruch auf ausreichendes Gehör hat. Und dieser Anspruch darf nicht verkümmert werden. Wenn ein StPfl. von einer schriftlichen Begründung einer Berufung absieht und mündliche Verhandlung beantragt in der Annahme, daß er hier Gelegenheit haben würde, seine Einwendungen vorzubringen, so würde es gegen Treu und Glauben verstoßen und das Vertrauensverhältnis zwischen dem StPfl. und dem FinGer. beeinträchtigen, wenn dieses entscheiden würde, ohne den StPfl. vorher auf die Möglichkeit der Ablehnung seines Antrags aufmerksam gemacht zu haben. Dies wird insbes. für die Fälle zu gelten haben, wo es sich um StPfl. handelt, von denen das FinGer. annehmen kann, daß sie mit den Verfahrensgrundsätzen der RAbgO. nicht vertraut sind. Handelt es sich dagegen um einen StPfl., der von einem Rechtsanwalt oder einem Helfer in Steuersachen oder bei großen Firmen von ihrem Steuersyndikus oder von einer anderen Person, die besonders in Steuersachen arbeitet, vertreten wird, so wird sich ein Hinweis des FinGer. auf die Möglichkeit der Ablehnung der mündlichen Verhandlung in der Regel erübrigen, da dem Vertreter ja bekannt ist, daß er mit der Möglichkeit der Ablehnung rechnen muß. Sieht er trotzdem von einer schriftlichen Darlegung ab, wie sie auch in dem Verfahren nach der ZPO. vorgesehen ist, so kann er sich im Fall der Ablehnung seines Antrags nicht darauf berufen, daß ihm kein ausreichendes Gehör gewährt sei. Hier hat es keinen Zweck, den StPfl. auf die Möglichkeit der Ablehnung seines Antrags auf mündliche Verhandlung aufmerksam zu machen.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 25. Aug. 1937, VI A 398/36.)

Reichsversicherungsamt

[** Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVersA.) abgedruckt]

[○ Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen", herausgegeben von Mitgliedern des RVersA. (EuM.), abgedruckt]

○ 49. 1. Auch nachdem die 12. VO. zum Aufbau der Sozialversicherung v. 24. Dez. 1935 (RGBl. I, 1537) in Kraft getreten ist, können sich Versicherungspflichtige gleichzeitig bei einer Pflicht- und einer Ersatzkasse versichern.

2. Versicherungspflichtige Angehörige einer Ersatzkasse, die von dem Recht auf Befreiung von der Mitgliedschaft bei der Pflichtkasse Gebrauch gemacht haben, können auf diese Befreiung jederzeit mit sofortiger Wirkung verzichten.

(RVersA., 1. RevSen., Urt. v. 29. Juli 1937, II a K 169/36[1].) [K.]

○ **50. Bei der Prüfung der Frage, ob der hinterbliebene Ehemann das Kind überwiegend unterhält, muß der Wert der Arbeit außer Betracht bleiben, die das Kind im Rahmen des § 1617 BGB. leistet.

(RVersA., 3. RevSen., Urt. v. 27. Juli 1937, II a 5220/36[3].) [K.]

*

○ **51. Die Sonderzahlungen, sog. Auslösungen, welche die Arbeiter beim Bau der Reichsautobahnen nach den Tarifverträgen als sog. Entfernungszulagen, Trennungsentschädigungen, Reisekosten, Aufwandsentschädigungen u. dgl. zusätzlich zu dem Lohn erhalten, gehören regelmäßig nicht zum Entgelt i. S. des § 160 RVO., es sei denn, daß ganz besondere Gründe für den Entgeltscharakter sprechen.

(RVersA., BeschlSen. der Abt. f. Kranken- und Invalidenversicherung, Entsch. v. 12. Mai 1937, II K 88/36 BS.) [K.]

Preußisches Oberverwaltungsgericht

52. §§ 44 a, 57 Abs. 1 Ziff. 2 a RGewO.; Gesetz über die Geheime Staatspolizei v. 10. Febr. 1936 (GS. 21). Versagung der Legitimationskarte. Die gutachtliche Äußerung einer Staatspolizeistelle, die sich, ohne Tatsachen anzugeben, auf die Mitteilung beschränkt, daß eine Person politisch nicht zuverlässig sei, kann nicht als Tatsache i. S. des § 57 Abs. 1 Ziff. 2 a RGewO. angesehen werden. Der Grundsatz, daß die Beteiligten Anspruch auf rechtliches Gehör haben, ist auch nach nationalsozialistischer Auffassung Grundlage des Verwaltungsstreitverfahrens. Es ist daher nicht zulässig, einem Antragsteller die Legitimationskarte im Verwaltungsstreitverfahren ohne Bekanntgabe der ihn belastenden Tatsachen zu versagen.

Der Kl. S. ist selbständiger Handelsvertreter für Tabakwaren. Auf seinen Antrag, ihm die Legitimationskarte für das Jahr 1937 zu erteilen, ersuchte der bekl. Polizeidirektor die Staatspolizeistelle um Stellungnahme, ob über den Antragsteller in politischer Hinsicht Nachteiliges bekannt sei. Diese antwortete dahin, es seien Tatsachen über S. festgestellt worden, aus denen sich ergebe, daß er die für den Handel im Grenzgebiet notwendige politische Zuverlässigkeit nicht besitze. Aus staatspolizeilichen Gründen sei die Mitteilung der einzelnen Tatsachen nicht möglich.

Der Bekl. lehnte darauf durch Bescheid v. 6. Jan. 1937 die nachgesuchte Legitimationskarte ab und begründete die Ablehnung damit, daß Tatsachen vorlägen, aus denen hervorgehe, daß der Kl. die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitze.

Der Kl. wandte gegen diesen Bescheid, indem er Klage im Verwaltungsstreitverfahren erhob, ein: Die Begründung der Ablehnung lasse erkennen, daß ihr § 57 b Ziff. 2 RGewO. zugrunde liege. Der Bescheid führte aber entgegen den gesetzlichen Bestimmungen keine Tatsachen an. Er sei daher vorerst nicht in der Lage, sich zu Einzelvorwürfen, die gegen ihn erhoben würden, zu äußern. Grundsätzlich bemerke er, daß er sich noch niemals etwas habe zuschulden kommen lassen. Er sei nicht bestraft, habe keine steuerlichen Rückstände, arbeite zur vollen Zufriedenheit der von ihm vertretenen Firma, stehe mit seiner Kundschaft in guten Beziehungen und auch die Behörden hätten seine Tätigkeit noch nie beanstandet.

Das BezVerwGer. wies die Klage ab.

Die Rev. hatte Erfolg.

Die angefochtene Entsch. beruht auf der Rechtsauffassung, daß das von dem Bekl. eingeholte und von der Staatspolizeistelle in S. erstattete Gutachten über die Person des Kl. der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung entzogen sei und als eine Tatsache i. S. des § 57 Abs. 1 Ziff. 2 a RGewO. schlechthin gewertet werden müsse. Wäre diese Auffassung zutreffend, so bliebe in allen Fällen, in denen die Geheime Staatspolizei der Erteilung einer Legitimationskarte wegen politischer Unzuverlässigkeit des Bewerbers widerspricht, für ein Verwaltungsstreitverfahren kein Raum. Denn dann würde in Wirklichkeit nicht das Verwaltungsgericht, sondern die Geheime Staatspolizei die Entsch. treffen und ein Streitverfahren damit sinn- und zwecklos sein. Das BezVerwGer. hätte dann auch folgerichtig seine Entsch. auf das PrGes. über die Geheime Staatspolizei v. 10. Febr. 1936 (GS. 21) stützen und die Klage entsprechend dem § 7 dieses Gesetzes, der gegenüber Verfügungen in staatspolizeilichen Angelegenheiten den Verwaltungsrechtsweg ausschließt, als unzulässig abweisen müssen. Die Auffassung des Vorderrichters geht indessen fehl, weil ihr zwingende reichsgesetzliche Bestimmungen entgegenstehen, an die, solange sie vom Gesetzgeber nicht aufgehoben oder abgeändert werden, die Verwaltungsgerichte bei ihrer Urteilsfällung gebunden sind.

Die hier zur Entsch. stehende Frage, ob dem Kl. die nachgesuchte Legitimationskarte zu versagen ist oder versagt werden kann, ist durch § 44 a RGewO. in der ihm durch die Nov. vom 3. Juli 1934 (RGBl. I, 566) gegebenen Fassung reichsgesetzlich geregelt. Durch diese Novelle ist der vom Vorderrichter angewendete § 57 Abs. 1 Ziff. 2 a RGewO. als neuer Versagungsgrund in den § 57 RGewO. eingefügt worden. Die vorbehaltlose Eingliederung dieses Versagungsgrundes in den Rahmen der sonstigen Versagungsgründe wäre nicht zu verstehen, wenn der Gesetzgeber ihn mit Rücksicht darauf, daß er inhaltlich einen staatspolizeilichen Tatbestand aufweist, einer gesonderten Behandlung hätte unterwerfen wollen. Mangels einer solchen Bestimmung unterliegt er den gleichen Verfahrensvorschriften wie die übrigen Versagungsgründe. Das dabei zu beobachtende Verfahren ist durch die §§ 20, 21 RGewO. gleichfalls reichsgesetzlich festgelegt. Auf Grund der darin den Landesregierungen erteilten Ermächtigung ist in Preußen durch § 57 AusfAnw. zur RGewO. die Ausstellung der Legitimationskarte der Ortspolizeibehörde übertragen. Die Entsch. über die Anträge auf Bewilligung der Legitimationskarte ist hiernach in allen Fällen — also auch im Falle des § 57 Abs. 1 Ziff. 2 a RGewO. — Sache der Ortspolizeibehörde und keine Angelegenheit der Geheimen Staatspolizei. Die Polizeibehörde wird hierbei auch nicht als Hilfsorgan der Geheimen Staatspolizei tätig. Sie hat vielmehr in eigener Zuständigkeit und nach eigenem pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden. Zwar ist sie nach dem Runderlaß des RWiM. und PrMin. f. Wirtschaft und Arbeit v. 14. Sept. 1934 (MBliV. 1187) gehalten, im Falle des § 57 Abs. 1 Ziff. 2 a RGewO. zur Klärung des Tatbestandes erforderlichenfalls eine Stellungnahme der zuständigen Staatspolizeistelle herbeizuführen. Daß diese Stellungnahme aber die Polizeibehörde bindet, ist in dem Runderlaß nicht gesagt. An dieser Zuständigkeitsregelung ist durch das die Aufgaben der Geheimen Staatspolizei bestimmende Gef. v. 10. Febr. 1936 nichts geändert worden und konnte auch nichts geändert werden, da es sich bei diesem Gesetz um ein Landesgesetz handelt und Reichsgesetze durch Landesgesetze nicht aufgehoben werden können. Das gilt auch für die ebenfalls auf den §§ 20, 21 RGewO. fußende Bestimmung, daß gegen die Verfügungen, durch die die Legitimationskarte — gleichgültig aus welchen Gründen — versagt wird, die Klage vor dem BezVerwGer. stattfindet. Das somit auch im Falle des § 57 Abs. 1 Ziff. 2 a RGewO. reichsgesetzlich zugelassene Streitverfahren unterscheidet sich in seiner Durchführung in nichts von dem beim Vorliegen anderer Versagungsgründe. Gegenüber den Ausführungen des RevBekl. sei bemerkt, daß das Gesetz, das den § 57 Abs. 1 Ziff. 2 a RGewO. enthält, erst nach der nationalsozialistischen Machtergreifung erlassen worden ist. Damit erledigen sich die Bedenken, die er gegen die Anwendung des LVerwG. und der RGewO. auf die Fälle dieses Paragraphen geäußert hat. Der Senat hat der vorstehenden Rechtsauffassung bereits in seinem Urt. v. 11. März 1937, III C 28/37 (RVerwBl. 58, 380) Ausdruck gegeben und hält daran unverändert fest.

Hinsichtlich des Tatbestandes des § 57 Abs. 1 Ziff. 2 a RGewO. verlangt das Gesetz, daß Tatsachen vorliegen müssen, welche die Annahme rechtfertigen, daß der Nachsuchende das Gewerbe zu staatsfeindlichen Zwecken mißbrauchen werde. In Übereinstimmung damit wird in dem erwähnten Runderlaß des RWiM. und PrMin. für Wirtschaft und Arbeit (vgl. auch den im Einvernehmen mit dem R.- u. PrMdJ. herausgegebenen Erlaß des RWiM. v. 28. Dez. 1935, IV 29 305/35) ausdrücklich hervorgehoben, daß die Annahme, daß jemand sein Gewerbe zu staatsfeindlichen Zwecken mißbrauchen werde, durch Tatsachen begründet sein muß. Gleichzeitig ist dem Runderlaß für die Rückfragen bei der Staatspolizeistelle ein Muster beigefügt, in dem die besondere Frage gestellt wird, auf welchen Tatsachen diese Annahme beruht. An dem klaren und unzweideutigen Willen des Gesetzgebers, daß nur beim Vorliegen von Tatsachen die Legitimationskarte wegen politischer Unzuverlässigkeit des Bewerbers zu versagen ist, kann hiernach kein Zweifel bestehen. Demgemäß hat das OVG. in ständiger Rspr. gefordert, daß die Verwaltungsgerichte, wenn ein Fall dieser Art durch die Erhebung der Klage zu ihrer Entsch. gelangt, das Vorhandensein solcher Tatsachen selbständig festzustellen und auf ihre Geeignetheit zur Versagung der Legitimationskarte zu prüfen haben. Dabei sind unter Tatsachen nach allgemeinem Sprachgebrauch äußerlich erkennbare Handlungen, Unterlassungen oder Zustände zu verstehen. Tatsache im Sinne des Gesetzes kann also niemals ein bloßes Werturteil sein, das sich, wie das Gutachten der Staatspolizeistelle, ohne Tatsachen anzugeben, in der Feststellung erschöpft, daß eine Person die notwendige politische Zuverlässigkeit nicht besitzt.

Geht man von dieser zweifelfreien Rechtslage aus, so fehlt es an jeder gesetzlichen Grundlage, die dem Verwaltungsrichter die Nachprüfung einer Stellungnahme der Geheimen Staatspolizei verwehrt und ihn berechtigt, den Tatbestand des § 57 Abs. 1 Ziff. 2 a RGewO. durch eine gutachtliche Äußerung der Geheimen Staatspolizei schon dann als erfüllt zu betrachten, wenn in der Äußerung keine die politische Unzuverlässigkeit des Nachsuchenden begründenden Tatsachen angeführt sind. Gewiß ist nicht zu verkennen, daß die Geheime Staatspolizei ihre guten Gründe haben kann, Tatsachen, die ihr über eine Person bekannt sind, weder dieser noch sonstwie mitzuteilen, und daß sie hierzu aus staatspolizeilichen Erwägungen, insbes. zur Wahrung der Sicherheit des Staates nicht nur befugt, sondern auch verpflichtet ist. Es ist auch ohne weiteres zuzugeben, daß in diesen Fällen der Verwaltungsrichter vor eine besonders schwere und verantwortungsvolle Entsch. gestellt wird. Das kann und darf jedoch nicht dazu führen, daß er das geltende Recht außer acht läßt oder ihm eine Anwendung gibt, die mit dem Willen des Gesetzgebers nicht zu vereinbaren ist. Das BezVerwGer. hätte im vorl. Falle der Sache gedient, wenn es den Bekl. unter Hinweis darauf, daß die Form seiner Rückfrage bei der Staatspolizeistelle den Erfordernissen des genannten Runderlasses nicht entsprach, zu näheren Angaben über die politische Unzuverlässigkeit des Kl. veranlaßt hätte. Daß dies geschehen ist, dafür bieten die Akten keinen Anhalt.

Dem Vorderrichter kann auch nicht darin gefolgt werden, daß die Vorschriften, wonach dem Bewerber einer Legitimationskarte die gegen ihn vorl. Tatsachen mitgeteilt werden müssen, ein Ausfluß der liberalistischen Rechtslehre seien. Der Grundsatz, daß die Beteiligten Anspruch auf rechtliches Gehör haben, bildet auch nach nationalsozialistischer Auffassung die Grundlage nicht nur des Verwaltungsstreitverfahrens, er soll vielmehr allgemein das Verfahrensrecht beherrschen. So sieht Danckwerts, „Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im nationalsozialistischen Staate" in Frank, „Deutsches Verwaltungsrecht" S. 119, es als zweifellos an, daß auch in Zukunft dem beschwerten Volksgenossen die Möglichkeit gegeben werden muß, die Sach- und Rechtslage erschöpfend durch Rede und Gegenrede zu klären. Und der Reichsrechtsführer Frank hat in seiner Rede v. 6. Juni 1937 vor den Ehrenrichtern des Nationalsozialistischen Rechtswahrerbundes ausgeführt: „Ein Grundsatz, gegen den ganz besonders Sie niemals verstoßen dürfen, ist der: Gerichtsverfahren bedeutet vor allem, denjenigen zu hören, gegen den ein Vorwurf erhoben wird. Dieser Grundsatz ist einer der fundamentalsten, gegen den in gar keiner Weise verstoßen werden kann" (DR. 1937, 270).

Hiernach ist eine Möglichkeit, dem Kl. die Legitimationskarte auf Grund von ihm nicht mitgeteilten Tatsachen zu versagen, im Rahmen des Verwaltungsstreitverfahrens nicht vorhanden. Im übrigen geben gerade die vom BezVerwGer. hervorgehobenen Zuständigkeiten und Befugnisse der Geheimen Staatspolizei wie auch § 1 Ges. über die Sicherung der Reichsgrenze und über Vergeltungsmaßnahmen v. 9. März 1937 (RGBl. I, 281) den Verwaltungsbehörden weitgehende Handhaben, einer etwaigen staatsfeindlichen Betätigung von Personen im Grenzgebiet in anderer Weise wirksam zu begegnen.

Das angefochtene Urteil war daher wegen Rechtsirrtums aufzuheben und die Sache zur Vornahme der erforderlichen Aufklärung des Sachverhalts entsprechend den vom Senat dargelegten Rechtsgrundsätzen und zur erneuten Entsch. an das BezVerwGer. zurückzuverweisen.

(PrOVG., Urt. v. 12. Aug. 1937, III C 60/37.)

Bemerkung: Im Interesse einer beschleunigten Berichterstattung wird die Entsch. zunächst ohne Stellungnahme veröffentlicht; es ist in Aussicht genommen, demnächst hierauf zurückzukommen.

D. S.

*

53. § 15 FluchtlG. Durch Ortssatzung kann eine Gemeinde zwar Bedingungen festlegen, von denen die Anlage einer neuen Straße abhängen soll, z. B. Fluchtlinienfestsetzung; solche Bestimmungen haben aber keine Rückwirkung. Straßen, die ohne Fluchtlinienfestsetzung schon in der Anlegung begriffen waren, verlieren deshalb diesen ihren Charakter nicht. †)

Die Entsch. des Vorderrichters beruht auf der Annahme, die K.-Straße sei erst durch die in den Jahren 1925/1927 vorgenommene Fluchtlinienfestsetzung zu einer in der Anlegung begriffenen Ortsstraße geworden, weil die Ortssatzung in ihrer neuen Fassung von 1893/1905 die Entstehung einer Ortsstraße erst von der Fluchtlinienfestsetzung abhängig mache und diese ortsgesetzliche Vorschrift auch für die Zeit vor dieser Neufassung des Statuts gelte. Dem kann nicht beigepflichtet werden. Allerdings kann die Gemeinde in einem Ortsstatut Bestimmungen treffen, daß eine Straße erst dann als in der Anlegung begriffene zu betrachten sein solle, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen. Wenn eine Satzung solche Sonderbestimmungen aber nicht enthält, wie das erste Statut der Stadt G. vom Jahre 1875, dann ist für Stra-

ßen, deren Anlegungsbeginn unter die Herrschaft dieses Statuts fällt, die Frage nach dem Anlegungsbeginn nach der allgemeinen Regel und den von der RSpr. aufgestellten Grundsätzen zu entscheiden, d. h. es genügt jede den Anliegern erkennbar gewordene Absicht der Gemeinde, eine Straße anzulegen, z. B. die Freilegung, Grunderwerbsverhandlungen, einzelne Ausbauarbeiten usw. Das alte Statut hatte mithin keine Lücke, sonst wäre es wegen Unvollständigkeit in einem wesentlichen Punkte überhaupt unanwendbar gewesen. Sollte die Gemeinde später, in der Satzung von 1893/1905, gewisse schärfere Anforderungen an den Anlegungsbeginn gestellt haben, was dahingestellt bleiben mag, so konnte dies nur für solche neuen Straßen von Bedeutung sein, die erst nach dieser Zeit neu zur Anlage kamen. Für eine Rückwirkung dieser Fassung für die Vergangenheit, wie sie der Vorderrichter tatsächlich angenommen hat, fehlt jede gesetzliche Grundlage. Wenn daher der Vorderrichter den Anlegungsbeginn der K.-Straße auf Grund der neueren Fassung des Statuts auf den Tag der Fluchtlinienfestsetzung 1925/1927 feststellt, selbst wenn die Straße die Eigenschaft einer in der Anlegung begriffenen Straße vorher gehabt haben sollte, so würde dem nicht beizutreten sein. Der Senat hat wiederholt ausgesprochen, daß eine einmal vorhandene Straße ihren Charakter als vorhandene nicht durch spätere Entschließungen der Gemeinde wieder verlieren kann (OVG. 73, 123). Das gleiche muß auch für eine in der Anlegung begriffene Straße in der Regel gelten, sofern nicht etwa z. B. die Straße förmlich eingezogen oder, wenn der Anlegungsbeginn nur durch Fluchtlinienfeststellung zum Ausdruck gekommen war, durch einen neuen Fluchtlinienplan der Straße eine völlig andere Lage im Gelände gegeben wurde. Um derartige Fälle handelt es sich hier aber nicht. Der Vorderrichter hätte daher nach den allgemeinen für die Frage des Anlegungsbeginns einer Straße aufgestellten Grundsätzen der RSpr. zunächst prüfen müssen, ob vor dem Statut von 1893 nicht schon Willenskundgebungen der Gemeinde feststellbar waren, welche die Absicht der Anlage einer Ortsstraße zum Ziele hatten. War dies der Fall, war der Anlegungsbeginn entsprechend zeitlich festzustellen. Und dann war und blieb die Straße eine in der Anlegung begriffene, auch falls die Neufassung des Statuts andere Voraussetzungen dafür einführte. Erst nach solcher Festlegung des Anlegungsbeginns konnte dann beurteilt werden, ob die Kl. an einer neuen Straße Gebäude errichtet hatten.

(PrOVG., 2. Sen., Entsch. v. 15. Juni 1937, II C 16/37 [Auszug].)

*

54. § 15 FluchtlG. Ein erst während des Verwaltungsstreitverfahrens ausgesprochener Verzicht auf eine dem Ausbauplan entsprechende Ausführung der Straßenherstellung hat keine rückwirkende Kraft. Ein solcher Verzicht ändert nichts daran, daß die Heranziehung vor Fertigstellung verfrüht war. Der gegenteilige Standpunkt der bisherigen RSpr. (OVG. 53, 112 und 67, 148) wird aufgegeben. †)

Streitig ist ein für die S.-Straße in W. geforderter Anliegerbeitrag.

Zur Fertigstellung einer Straße gehört nicht nur die Beendigung des tatsächlichen, planmäßigen Ausbaues, sondern auch die Durchführung des Straßenlanderwerbs, wobei es gleichgültig ist, ob durch ihn etwa noch Kosten entstehen würden. Nun hat gelegentlich des Einwandes des Kl., ihm müsse für abgetretenes Straßenland eine Entschädigung gutgebracht werden, der bekl. Oberbürgermeister selbst vorgetragen, der Kl. habe die Bürgersteigfläche noch gar nicht übereignet, dasselbe gelte für andere Anlieger. Als der Vorderrichter den Bekl. daraufhin auf das Bedenken hinwies, daß die S.-Straße dann noch nicht fertig sei, hat der Oberbürgermeister nach Anhörung der Ratsherren beschlossen, die S.-Straße für fertig zu erklären und etwaige weitere Kosten von den Anliegern nicht mehr zu fordern. Im Zusammenhang mit der Anfrage des BezVerwGer. bezieht sich diese Erklärung nur auf Kosten der Freilegung (des Grunderwerbs), die folgenden Ausführungen gelten aber auch, sofern sich dieser Verzicht auch auf die noch ausstehende Fertigstellung der Bürgersteige und die Kosten dafür beziehen sollte.

Das BezVerwGer. hat diesen erst während des Verwaltungsstreitverfahrens ausgesprochenen Verzicht unter Bezugnahme auf von Strauß und Torney-Saß, 7. Aufl., S. 290, für zulässig erachtet und sich damit der bisherigen RSpr. des seinerzeit für Straßenanliegerbeiträge zuständigen IV. Sen. des OVG. angeschlossen (vgl. OVG. 53, 112, 116 und 67, 148, 150). Der jetzt für Straßenanliegerbeiträge zuständige, erk. Sen. vermag jedoch bei erneuter Nachprüfung diese RSpr. nicht mehr aufrechtzuerhalten. In der Entsch. v. 5. März 1914 (OVG. 67, 148) wird zunächst zutreffend ausgeführt, daß nach ständiger RSpr. Heranziehung, Einspruch und Einspruchsbescheid für die Heranziehung zu Anliegerbeiträgen die feste Grundlage bildeten, innerhalb deren sich das Streitverfahren zu bewegen habe. Deshalb könne die Beitragsforderung während des Verwaltungsstreitverfahrens nicht auf eine neue tatsächliche oder rechtliche Grundlage gestellt werden. Nur bis zum Einspruchsbescheid habe der Steuergläubiger noch die Möglichkeit der Nachprüfung seiner Forderung, ihrer Ergänzung und Erweiterung. Im Einspruchsbescheide komme die endgültige Heranziehung zur Erscheinung, deshalb seien bis dahin eingetretene tatsächliche Veränderungen noch zu berücksichtigen. Spätestens in diesem Zeitpunkt müsse die Beitragsforderung entstanden, die Straße also fertig hergestellt sein. Bis hierhin folgt der Senat der Entsch., die ständiger RSpr. entspricht. Nicht beizutreten vermag der Senat jedoch den nun folgenden Ausführungen der Entsch. v. 5. März 1914, daß es mit diesen Darlegungen nicht in Widerspruch stehe, wenn das OVG. in mehrfachen Urteilen zugelassen habe, daß Gemeinden in Fällen, in denen an der Fertigstellung der Straße noch Einzelheiten fehlten, auch noch im Laufe des Rechtsstreits auf die Erstattung der hierdurch entstehenden Kosten verzichteten, also durch diese während des Verwaltungsstreitverfahrens und nach dem Einspruchsbescheide erklärte Änderung des Ausbauprogramms für die Straße deren Fertigstellung herbeiführten. In der Entsch. v. 17. Dez. 1908 (OVG. 53, 112) ist lediglich ein Verzicht, der erst in der RevInst. ausgesprochen ist, als nicht mehr beachtlich bezeichnet, sofern nicht etwa die RevInst. infolge Aufhebung des Vorderurteils zur Tatsacheninstanz geworden ist. Der Senat vermag nicht anzuerkennen, daß es mit dem allgemein in der RSpr. des Gerichtshofes in Abgabensachen anerkannten Grundsatz, daß das Verfahren bis zum Einspruchsbescheid die unverrückbare Grundlage des Verwaltungsstreitverfahrens bilde und daß dem Steuergläubiger es nicht gestattet sei, nach dem Einspruchsbescheide im Laufe des Verwaltungsstreitverfahrens noch die rechtlichen oder tatsächlichen Grundlagen seiner Abgabenforderung zu ändern, vereinbar sein solle, die Fertigstellung der Straße und damit die Fälligkeit des Beitrags durch einen Verzicht auf Erstattung der Kosten für zur Zeit der Heranziehung und des Einspruchsbescheids noch nicht hergerichtete Teile der Straße oder durch Änderung des Bauprogramms während des Verwaltungsstreitverfahrens herbeizuführen. Durch einen solchen Verzicht werden die tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen des Streitverfahrens geändert. In tatsächlicher Hinsicht wird die bisher nicht fertige Straße zu einer fertigen, in rechtlicher Hinsicht entsteht der Beitragsanspruch, der Anlieger kann herangezogen werden, während zunächst seine Heranziehung verfrüht und daher nicht zulässig war. Die Auffassung der bisherigen RSpr. würde auch dazu nötigen, die Heranziehung für zulässig zu erklären, wenn die zur Zeit der Heranziehung und des Einspruchsbescheids noch nicht fertigen Arbeiten während des Verwaltungsstreitverfahrens ausgeführt worden wären. Denn ob dem Herangezogenen der Einwand verfrühter Heranziehung durch Verzicht oder Planänderung oder durch nachträgliche Fertigstellung genommen wird, erscheint ohne Bedeutung für die vorl. Rechtsfrage. Die Anerkennung eines nachträglichen Verzichts oder einer nachträglichen Planänderung würde diesen Akten rückwirkende Kraft beilegen. Dafür fehlt es aber an jeder gesetzlichen Grundlage. Die im bürgerlichen Recht, z. B. in § 184 BGB. für die Genehmigung, enthaltenen Grundsätze über die Rückwirkung gewisser Erklärungen und Handlungen können für das öffentliche Recht, insbes. wo es sich um die prozessuale Frage der Klagegrundlage handelt, nicht ohne weiteres entsprechend angewandt werden. Im bürgerlichen Recht entspricht eine zugelassene Rückwirkung den Interessen aller daran Beteiligten; wollte man vorliegend dem Verzicht der Gemeinde rückwirkende Kraft beilegen, würde dies lediglich zugunsten der Gemeinde ausfallen, der Herangezogene aber würde mit seiner ursprünglich begründeten Klage abgewiesen werden, weil ihm durch das nachträgliche Verhalten der Gemeinde seine berechtigten Einwendungen genommen sind. Dem Herangezogenen können auch andere Nachteile erwachsen, z. B. dadurch, daß er genötigt war, vorzeitig Mittel für die Zahlung des Beitrags aufzubringen. Hatte der Verzicht rückwirkende Kraft, wurde also die zunächst verfrühte Heranziehung nachträglich eine berechtigte, dann muß der Herangezogene auch vom Tage der verfrühten Heranziehung an mit der Forderung von Verzugszinsen rechnen, obwohl der Anspruch seinerzeit noch gar nicht entstanden war.

Aus all diesen Erwägungen vermochte der Senat die bisherige RSpr. nicht aufrechtzuerhalten. Die erst während des Verwaltungsstreitverfahrens vorgenommenen, auf die Entstehung des Anspruchs gerichteten Handlungen der Gemeinde konnten für das schwebende Verfahren nicht mehr berücksichtigt werden. Zur Zeit der Heranziehung und des Einspruchsbescheids war mithin die S.-Straße sowohl hinsichtlich des tatsächlichen Ausbaues der Bürgersteige wie hinsichtlich der Durchführung des Grunderwerbs noch nicht fertig. Der Vorderrichter hat dies übersehen, seine Entsch. war daher

aufzuheben und bei freier Beurteilung die Heranziehung als verfrüht außer Kraft zu setzen.

(PrOVG., 2. Sen., Entsch. v. 1. Juni 1937, II C 2/37 [Auszug].)

Anmerkung zu 53 und 54. § 15 FluchtlG. Die beiden vorstehenden Urteile behandeln den Straßenausbau als Voraussetzung der Beitragspflicht (JW. 1937, 663 ff.) in Verbindung mit der Frage der Rückwirkung 1. straßenbaulicher Ortsvorschriften und 2. des Verzichts der Gemeinde auf die völlige programmgemäße Straßenherstellung.

1. In der Ortssatzung kann festgelegt werden, welche Anforderungen die Gemeinde an die Fertigstellung von Straßen stellen will; die in der Satzung gegebenen Vorschriften bilden das Bauprogramm, an welches die Gemeinde gebunden ist (OVG. 57, 111). Wird z. B. in einer Ortssatzung ausdrücklich bestimmt, daß der Straßendamm in bestimmter Art zu pflastern ist, so gehört die nur chausseemäßig erfolgte Herstellung nicht zur ersten Einrichtung (OVG. 68, 149). Neue derartige Bestimmungen des Bauprogramms gelten aber — wie das Urt. v. 15. Juni 1937 hervorhebt — nicht rückwirkend für die Straßen, die unter der Herrschaft eines früheren Ortsstatuts angelegt worden sind, insofern dieses frühere Ortsrecht solche Vorschriften noch nicht enthielt.

2. Die Grundlagen einer Veranlagung dürfen im Laufe eines Verwaltungsstreitverfahrens nicht geändert werden. Die Notwendigkeit einer strikten Durchführung dieses Steuergrundsatzes auch in den Anliegerbeitragssachen hat das OVG. veranlaßt, von einer früheren Rspr. abzuweichen und im Urt. v. 1. Juni 1937 auszusprechen, daß die Gemeinde nicht berechtigt ist, nach dem Einspruchsbescheid und während eines Streitverfahrens unter Verzicht auf Erstattungskosten eine Änderung des Bauprogramms und damit die Fertigstellung einer Straße herbeizuführen. Der Erstattungsanspruch der Gemeinde entsteht, wenn die beiden Voraussetzungen — Gebäudeerrichtung und programmgemäße Vollendung des Straßenausbaues — zusammenfallen. Erst der entstandene Beitragsanspruch berechtigt zur Veranlagung von Beiträgen, die Veranlagung ist verfrüht, wenn die Voraussetzungen des Anspruches nicht durchweg vorhanden sind. Die vollständige Grundlage für die Veranlagung erst im Verwaltungsstreitverfahren zu schaffen, hat das Urt. v. 1. Juni 1937 nunmehr für unzulässig bezeichnet. OVGR. a. D. Dr. von Elbe, Berlin.

Sächsisches Oberverwaltungsgericht

55. Absetzung von Wertminderungen für den Pächter eines Gewerbebetriebes bei der Gewerbesteuer.

Wenn nach dem Pachtvertrag über einen Gewerbebetrieb der Pächter die Verpflichtung zur Erhaltung der Betriebsgegenstände und zu späterem Ersatz des Minderwertes gegenüber der Übernahmebilanz übernommen, also die Wertminderung durch Abnutzung allein zu tragen hat, so kann er nach Gewerbesteuerrecht jährlich Absetzungen für Abnutzung der gepachteten Betriebsgegenstände vornehmen. Mit der Ersatzpflicht, die durch die allmähliche Abnutzung von Jahr zu Jahr steigt, nur das letzte Betriebsjahr zu belasten, würde mit den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen kaufmännischen Buchführung nicht im Einklang stehen. Es können aber solche Absetzungen nur insoweit zugelassen werden, als der Pächter die Betriebsgegenstände nicht schon durch Instandhaltung, Erneuerung und Ersatzbeschaffung in ihrem Werte erhalten hat. Denn es geht nicht an, die Kosten der Erhaltung des Wertes als Betriebsausgaben zu buchen und daneben Absetzungen für Abnutzung vorzunehmen. Ebensowenig wäre es zulässig, einen Abzug für erst künftig zu erwartende Wertminderungen zu machen. Der Abzug ist vielmehr nur berechtigt, soweit bereits am Bilanzstichtage eine Wertminderung eingetreten ist.

(SächsOVG., Urt. v. 30. Juni 1937, 73 II 37.)

*

56. Gemeinschaftsfrieden im Bauwesen.

Hält sich ein Bau im Rahmen der Bauvorschriften, so kann seine Errichtung eine Störung des Gemeinschaftsfriedens (SächsOVG. 39, 1 ff.) nicht bedeuten, wenn in der derzeitigen Benutzung des Nachbargrundstückes für den Nachbar keine erheblichen Beeinträchtigungen infolge des Baues zu erkennen sind. Daß der Bauende sich lediglich mit Rücksicht auf künftig mögliche Bauabsichten des Nachbarn in der Ausnutzung seines eigenen Grundstücks besondere Beschränkungen über das gesetzliche Maß hinaus auferlegen solle, wäre ihm nicht zuzumuten, und könnte vom Nachbarn aus Gründen der Wahrung des Gemeinschaftsfriedens nicht verlangt werden.

(SächsOVG., Urt. v. 4. Juni 1937, 204 I 36.)

*

57. Einschreiten der Baupolizeibehörde gegen ungenehmigte Benutzung von Räumen zu Wohnzwecken.

Das Recht und die Pflicht der Baupolizeibehörde, gegen eine der Baugenehmigung widersprechende Benutzung von Zwischengeschoßräumen zu Wohnzwecken einzuschreiten, wird nicht dadurch berührt, daß anderweit eine ähnliche mißbräuchliche Benutzung stattfindet. Auch der Einwand, die Räume seien seit Jahrzehnten unbeanstandet als Wohnung verwendet worden, hindert die Baupolizeibehörde nicht, gegen diese Benutzung einzuschreiten. Maßgebend ist allein, ob zur Zeit ein polizeiwidriger Zustand besteht.

(SächsOVG., Urt. v. 11. Juni 1937, 169 I 36.)

*

58. Hypotheken, die bei der Gründung eines auf die Verwaltung eines Grundstücks gerichteten Unternehmens zum Erwerb und Bebauen des Grundstücks aufgenommen werden, sind Gründungsschulden i. S. von § 9 Abs. 1 Satz 2 SächsGewStG.

Dabei ist es ohne Bedeutung, ob diese Hypotheken der bei Grundstückskäufen üblichen Belastung entsprechen. Sie verlieren die Eigenschaft als Gründungsschulden auch nicht durch eine spätere Beschränkung des Zweckes des Unternehmens, da es sonst jedes Unternehmen in der Hand hätte, durch eine solche äußerliche Änderung die Hinzurechnung dieser Schulden zum Kapital und der Schuldzinsen zum Ertrage zu vereiteln.

(SächsOVG., Urt. v. 17. Juni 1937, 29 II 37.)

*

59. Die Veräußerung eines Grundstücks, dessen Bebauung steuer- und gebührenfrei erfolgt ist, ist nicht abgabenfrei, und zwar auch dann nicht, wenn die Veräußerung vor Bauvollendung auf Grund einer Verpflichtung gegenüber einem Baugeldgeber erfolgte.

Wird ein Wohnungsbau, der die Voraussetzungen des § 1 SächsGes. über die Steuer- und Gebührenfreiheit von Wohnungsbauten erfüllt, dessen Erbauer aber die Erbauung von Wohnungen nicht gewerbsmäßig betreibt, nach seiner Fertigstellung veräußert, so dient das Veräußerungsgeschäft auch dann nicht mehr der Errichtung von Wohnungsbauten, ist also nicht gebühren- und abgabenfrei, wenn sich der Erbauer noch vor der Vollendung des Baues einem Geldgeber oder einem sonstigen hinsichtlich des Baues Forderungsberechtigten gegenüber verpflichtet hatte, das Gebäude alsbald nach seiner Fertigstellung zu veräußern und den Forderungsberechtigten aus dem Erlös zu befriedigen. Das gilt auch dann, wenn der Bau ohne diese Verpflichtung nicht vollendet worden wäre.

(SächsOVG., Urt. v. 27. Mai 1937, 25 II 37.)

*

60. Der mietzinssteuerpflichtige Nutzungswert umfaßt auch das gemeinsame Treppenhaus und die angrenzenden Wohnungsvorräume.

Im mietzinssteuerpflichtigen Nutzungswerte (Mietwerte) eines Gebäudes sind nicht nur Keller-, Bodenräume und ähnliche Nebenräume, sondern auch das gemeinsame Treppenhaus und die angrenzenden Vorräume zu Wohnungen, Kellern und Böden mit enthalten. Denn die Gesamtheit der Mietwerte muß in einem wirtschaftlichen Verhältnisse zu dem Aufwand stehen, den der Bau und die Unterhaltung des ganzen Gebäudes in allen seinen Teilen für den Eigentümer mit sich bringt. Im Mietzins für die einzelne Wohnung ist somit nicht nur ein Entgelt für Keller, Boden usw., sondern auch ein anteiliges Entgelt für die allen Bewohnern zugänglichen Gebäudeteile, wie Treppen und Vorräume, mit enthalten.

(SächsOVG., Urt. v. 3. Juni 1937, 46 II 37.)

Berichtigung

In dem Aufsatz „Neue deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des privaten Versicherungsrechts“: JW. 1937, 2617 ff. ist Seite 2617 unter I, A Ziff. 3 ein Druckfehler zu berichtigen. Der 2. Satz der erwähnten Ziffer muß lauten: „Auch eine geringfügige Fristüberschreitung rechtfertigt es, die Kündigung als verspätet zurückzuweisen.“ D. S.

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Stellvertreter: Carl-Herbert Wechmann, Berlin. Strafrecht: Schriftleiter Rudolf Leppin, Berlin. — Anzeigenleiter: Paul Goldstein, Leipzig C 1, Dresdner Str. 11/13. Durchschnittsaufl. 3. Vj. 37: 20 000. — Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. — Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Leipzig.